Le droit administratif allemand

Otto Mayer

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 31 1927

Digitized by Google

GERMANY

V. pour le compte-rendu de cet ouvrage.
Revue du Droit Public T. XXIII p 140
Jan. 1906.

E M Parker.

Digitized by Google

LE

DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND

Digitized by Google

LE

DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE DE DROIT PUBLIC
publiée sous la direction de

Max BOUCARD
Maître des Requêtes
au Conseil d'État

Gaston JÈZE
Professeur agrégé à la Faculté de Droit
de l'Université de Lille

LE DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND

PAR

OTTO MAYER

Édition française par l'auteur

Avec une Préface de H. BERTHÉLEMY
Professeur de droit administratif à l'Université de Paris

TOME PREMIER

PARTIE GÉNÉRALE

PARIS
V. GIARD & E. BRIÈRE
Libraires-Éditeurs
16, rue Soufflot et 12, rue Toullier

1903

Digitized by Google

OCT 3 1 1927

Digitized by Google

PRÉFACE

Les travaux de M. le professeur Otto Mayer sont connus, en France, de tous ceux qui s'intéressent aux questions de droit public.

Personne n'ignore avec quelle science et quelle conscience l'éminent auteur a initié ses compatriotes à la connaissance du droit administratif français. Il acquiert un nouveau titre à notre gratitude en empruntant notre idiome pour nous initier nous mêmes à la connaissance du droit administratif de l'Allemagne.

L'entreprise a un trop haut intérêt pour n'être pas accueillie avec toute la faveur qu'elle mérite. Elle vient très à propos, d'ailleurs, au moment où les études de droit administratif prennent, chez nous, une orientation nouvelle.

Dans notre pays comme dans les États allemands, le droit administratif est de construction moderne. Il est né et s'est développé lorsque « le régime du droit » — je dirais plus volontiers « le régime de la légalité » — a succédé au « régime de la police ».

L'administration de l'ancienne monarchie française était essentiellement discrétionnaire. Elle n'était contenue par aucune règle juridique. C'est

Digitized by Google

très improprement qu'on aurait pu parler en ce temps de *droit administratif* puisqu'il n'existait aucune limite précise aux pouvoirs des agents du roi, aucune procédure obligatoire pour l'exercice de leurs fonctions, aucunes libertés que les « sujets » pussent faire prévaloir sur les commandements donnés au nom du « Souverain ».

Le régime moderne issu de la Révolution française repose sur des principes radicalement contraires. On caractérise la transformation qui s'est opérée en disant que la souveraineté nationale a été substituée à la souveraineté personnelle des rois. « La chose principale, c'est que la loi seule commande ; ce qui a été désiré si douloureusement au cours des luttes des anciens parlements, est maintenant réalisé. La loi est placée au-dessus de toutes les autres autorités de l'État » (1).

La loi doit être, d'ailleurs, l'expression de la volonté générale. La conformité de la volonté générale aux décisions formulées par la majorité des élus de la nation est acceptée comme un postulat nécessaire, et c'est sur ce postulat qu'est instauré le nouvel ordre politique.

Le prince n'en est pas forcément exclu, et la monarchie moderne s'accommode sans difficulté des principes de la Révolution. Le monarque sera le premier fonctionnaire de l'État ; il peut être aussi le représentant le plus qualifié de la nation, collaborateur plus ou moins obligé du groupe d'hom-

(1) V. *infrà*, p. 70.

Digitized by Google

mes dont les suffrages sont tenus pour l'expression de la volonté générale. Comme les autres citoyens, cependant, il subit la loi qu'il a préparée ou consentie. C'est en définive la loi seule qui règne ; aucune autorité n'existe que par elle ; les actes de l'administrateur, qui ont en elle leur justification et leur sanction, y trouvent en même temps leur limitation et en reçoivent leur forme obligatoire. Désormais, les rapports de l'administration et des administrés prennent un caractère juridique. Les administrés ont des droits dont le respect s'impose à l'organe de la souveraineté. Leur activité reste libre et leur indépendance est absolue dans tout le domaine que la loi n'atteint pas.

Dans l'État moderne construit sur cette base, l'administration ne peut plus être en aucun cas l'intervention discrétionnaire des agents chargés de maintenir l'ordre. C'est une machine savante, composée de rouages multiples et complexes ; chacun de ces rouages a ses contours précis et sa fin propre : il s'agit de donner satisfaction, par des solutions nettement arrêtées, aux besoins très divers des administrés, d'organiser tout un système de précautions et de garanties, de régler, par des transactions où l'infinie variété des situations sera minutieusement prévue, les inévitables conflits qui surgissent entre les droits des individus et les pouvoirs des détenteurs de l'autorité.

Le droit administratif implique, sous le régime de la légalité, l'existence d'un appareil considérable.

Digitized by Google

Cet appareil n'a pu se former d'un seul jet ; il s'est construit pièce à pièce ; chaque pièce n'a reçu sa forme définitive qu'après des tâtonnements plus ou moins nombreux et des retouches plus ou moins profondes.

Constater et coordonner les règles éparses édictées au fur et à mesure de la manifestation des besoins auxquels on entendait satisfaire, en déterminer le sens, en indiquer la portée, en définir le fonctionnement, en apprécier les résultats, telle fut la tâche ingrate, lourde et presque exclusive de ceux qui, dans les deux premiers tiers du XIXe siècle, ont écrit sur le droit administratif français.

Nous avons aujourd'hui d'autres préoccupations. Le droit administratif a sa jurisprudence presque établie, ses usages à peu près fixés. La théorie, cependant, n'en est pas achevée puisque l'accord n'existe, entre ceux qui agitent ces intéressants problèmes, ni sur la nature de l'organisation de la puissance publique, ni sur les principes supérieurs auxquels doivent obéir les manifestations de l'activité administrative.

Pour nous armer dans les controverses auxquelles ces questions donnent naissance, nous cédons volontiers à la tentation d'emprunter des arguments tout faits à la philosophie juridique de nos collègues d'Allemagne et aux solides ouvrages de droit public dont ils ont enrichi la science. On peut regretter que nous nous arrêtions insuffisamment à l'étude des institutions mêmes qui

ont servi de matière première à ces constructions théoriques.

Sans aucun doute, la similitude est grande entre les solutions pratiques du droit administratif allemand et celles qui ont prévalu en France. Gardons-nous cependant de méconnaître la différence caractéristique qui existe entre les deux législations et qui tient apparemment aux conditions dans lesquelles elles se sont développées.

Le passage du régime de la police au régime du droit s'est fait en France d'un seul coup. M. Otto Mayer constate la brusquerie avec laquelle les idées nouvelles y ont été formulées et mises immédiatement à exécution. La destruction complète des vieux cadres de l'activité administrative, l'abolition des anciennes formules, la suppression d'organismes vermoulus qui apparaissaient comme des instruments de tyrannie, tel est le premier objectif de l'effort révolutionnaire. La Révolution fait avant tout table rase du passé ; l'édifice nouveau qu'on élèvera sur ces ruines ne doit emprunter aucun de leurs matériaux.

Tout autre est le spectacle de ce qui s'est passé en Allemagne. C'est par une évolution pacifique et presque insensible que le régime de la légalité s'est introduit dans la chose publique, se superposant au régime de la police plutôt qu'il ne s'y substituait.

Les pouvoirs du prince ont cédé devant l'autorité de la loi dans tous les cas où la loi s'est prononcée ; ils se sont maintenus, sans que leur

physionomie primitive fût modifiée, dans le vaste champ des matières qui échappent à l'action de la loi.

« N'oublions pas, dit M. Otto Mayer, que pour l'administration existe la possibilité d'agir en dehors de la sphère de l'exécution de la loi, en dehors de toute direction de la part de la loi. *Tel est le cas toutes les fois qu'il n'y a pas de loi en la matière.* » — Qu'est-ce donc que l'action administrative *en dehors de la sphère d'exécution de la loi,* sinon la survivance partielle du régime de la police ?

« Le droit français, dit encore M. Otto Mayer est particulièrement instructif pour nous parce qu'il est toujours en avance sur le nôtre de quelques pas... ». Cette avance se manifeste précisément ici : le régime de la légalité, progrès incontestable sur le régime de la police, est intégralement réalisé dans le droit administratif de la France. On ne saurait en dire autant du droit de l'Allemagne où la *voluntas regis* garde à côté de la souveraineté nationale une place assez large pour ressembler encore à la *suprema lex.*

Cette différence assez tranchée entre les principes qui dominent le régime administratif de l'un et l'autre pays se reflète dans la conception qu'ont les savants allemands du fondement de l'autorité publique.

Convient-il d'envisager l'État moderne comme une personne réelle ou figurée, héritière des droits subjectifs de souveraineté dont les princes étaient

jadis titulaires ? N'est-il pas préférable de ne voir dans l'expression « souveraineté nationale » qu'une formule commode pour nier la subordination de la nation à toute souveraineté personnelle ? Les savants allemands acceptent la première solution. La seconde nous paraît plus conforme aux doctrines individualistes de la Révolution française d'où le droit public moderne est sorti.

Nous nous refusons à voir, dans la conception nouvelle de la souveraineté, un faisceau de droits subjectifs de la collectivité, devant lesquels les droits de l'individu s'anéantissent sous réserve des libertés que le souverain daigne concéder à chacun de nous.

Benjamin Constant signalait, dans son *Cours de politique constitutionnelle* (1), l'erreur de ceux qui accordent à la souveraineté du peuple un pouvoir sans bornes... « Ils ont vu dans l'histoire, dit-il, un petit nombre d'hommes, ou même un seul, en possession d'un pouvoir immense, qui faisait beaucoup de mal ; mais leur courroux s'est dirigé contre les possesseurs du pouvoir, et non contre le pouvoir lui-même. Au lieu de le détruire, ils n'ont songé qu'à le déplacer. C'était un fléau ; ils l'ont considéré comme une conquête. Ils en ont doté la société entière... »

N'encourt-on pas ce reproche lorsqu'entre le

(1) Edition Laboulaye, t. I, p. 9.

Digitized by Google

régime aboli il y a cent ans et l'ère dans laquelle nous vivons on n'aperçoit que cette différence : les droits subjectifs de l'État substitués aux droits subjectifs du prince ?

Nous admettons sans difficulté que les décisions tenues pour l'expression de la volonté générale s'imposeront à tous avec la même rigueur que les ordres les plus arbitraires du monarque le plus absolu. Nous tenons cependant pour constant que les libertés individuelles ne sont pas des concessions de la volonté générale. Elles ne sont pas ce que les individus ont reçu de la collectivité : elles sont ce qu'ils n'ont pas abdiqué dans l'intérêt de la collectivité.

« Tous vos sujets, disait à Louis XIV un de ses courtisans, vous doivent leur personne, leurs biens, leur sang, sans avoir le droit de rien prétendre. En vous sacrifiant tout ce qu'ils ont, ils font leur devoir et ne vous donnent rien puisque tout est à vous. » — Un tel langage nous apparaîtra-t-il moins archaïque et en opposition moins violente avec les principes modernes de notre droit constitutionnel, si, dans la phrase, nous substituons à la personne réelle du roi cette personne figurée : l'État ?

C'est très improprement à mon sens, que l'on considère l'exercice de la souveraineté nationale par les autorités constituées comme l'exercice des droits subjectifs de la personne « État ». On m'excusera de reproduire ici la critique déjà faite ailleurs de cette conception que je regarde, quand

Digitized by Google

il s'agit du droit français, comme inexacte, dangereuse et inutilement compliquée (1).

« La fiction de personnalité n'est indispensable que s'il s'agit de représenter l'État comme sujet de droits ; les personnes seules, en effet, ont des droits. Or, c'est une erreur que de voir dans l'usage de la puissance publique un *exercice de droits*. Les agents qui commandent n'exercent pas *les droits* du souverain ; ils exercent *sa fonction*.

Je tiens en outre cette conception pour dangereuse : quand on regarde la puissance comme l'exercice d'un droit on est fatalement conduit à diminuer les droits certains des individus au profit des droits prétendus de la collectivité. Si l'on envisage au contraire la puissance publique comme l'exercice d'une fonction nécessaire, on n'a pas la tentation d'empiéter sur les droits des citoyens pour accroître le rôle du gouvernement, qui agit pour la collectivité.

C'est enfin une source d'inutiles complications : si l'usage de la puissance est l'exercice de droits subjectifs de l'État, voilà donc des droits d'un genre tout nouveau, tels que les individus n'en peuvent avoir. Les individus, les uns à l'égard des autres, n'ont pas de droits de contrainte. L'État, qui a ces droits, ne les tient pas de sa seule personnalité si cette personnalité

(1) V. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2e édit., p. 57.

Digitized by Google

n'est que l'assimilation fictive à une personne naturelle. Le fait qu'on le regarde comme une personne ne peut lui attribuer que les droits des personnes.

Les auteurs dont je refuse de suivre le sentiment sentent bien cette difficulté : non contents de la fiction qui fait de la collectivité un être moral, ils y ajoutent une autre fiction plus compliquée donnant à cet individu une personnalité plus étendue. Ils expriment cela en disant que l'État est une « personne publique ». C'est là que nous voyons une complication inutile. Si nous nous bornons en effet à reconnaître à l'État les attributs ordinaires de la personne humaine, la fiction de personnalité est commode et simple ; on comprend clairement ce qu'elle veut dire, mais elle ne suffit pas, dans le droit moderne pour expliquer les actes de souveraineté. Si l'on tient au contraire à étendre la fiction de personnalité aux actes de souveraineté, on se voit obligé de la dénaturer : pourquoi, alors, y avoir recours ? »

De quoi s'agit-il, en définitive ? D'expliquer pourquoi des hommes, organes de l'État ou représentants de l'État, peu importe la qualification qu'on leur donne, — disons même plus simplement fonctionnaires de l'État —, ont le pouvoir juridique de commander à leurs concitoyens. La Constitution, tenue pour l'expression de la volonté générale a dit par quels procédés seraient désignés les hommes qui « voudraient » la loi et ceux qui auraient mission de la faire observer. Aux

Digitized by

uns ou aux autres, a-t-elle de la sorte conféré *des droits* ? Nullement ! Elle les a investis de pouvoirs, de charges, de fonctions. C'est l'agent lui-même qui a charge d'agir. En quoi cette charge s'explique-t-elle mieux si nous la tenons pour l'exercice d'un droit de l'État ?

Au point de vue du langage, il peut être commode de comparer l'État à une personne, même quand on l'envisage comme puissance publique : en un seul mot, on synthétise ainsi l'ensemble des fonctionnaires investis par la volonté générale de la fonction d'agir pour la collectivité. Prise comme expression d'une vérité juridique, cette comparaison ne projette, sur les faits qu'il s'agit d'expliquer, aucune clarté supplémentaire.

Les fonctionnaires élus ou nommés conformément à la volonté générale n'ont pas de droits subjectifs dont la portée indécise menace nos libertés individuelles. Ils n'ont que le rôle rigoureusement mesuré, strictement arrêté par la formule même du texte qui le leur attribue. Ne disons pas que, détenteurs collectifs de l'autorité suprême, ils peuvent tout, sauf ce qui leur est interdit. La vérité c'est qu'ils n'ont que les pouvoirs limités que leur a conférés la volonté générale.

Ce que j'écris ici me paraît exact s'il s'agit de l'État français, de l'administration française, du droit français. Le droit allemand ne s'accomode pas de ces explications : à aucun moment de son développement, nous ne le voyons franchir le fossé qui sépare la conception ancienne de la sou-

Digitized by Google

veraineté (droits subjectifs illimités du souverain), de la conception qu'on en peut avoir dans l'État moderne. Ce qu'en pensent les écrivains qui ont exposé la théorie du droit public allemand est d'accord avec les institutions positives de leur pays. L'étude du droit administratif de l'Allemagne en fournira, par mainte et mainte particularité, la démonstration pratique.

Familiarisé avec nos méthodes et avec notre tournure d'esprit, avec les détails de notre droit autant qu'avec les nuances de notre langue, l'éminent écrivain à qui nous devons le présent ouvrage sera pour nous, à travers les difficultés que présente cette étude, le guide le plus sûr et le mieux qualifié.

H. Berthélemy.

Digitized by Google

PRÉFACE DE L'ÉDITION FRANÇAISE

Le droit administratif, dans les différentes nations qui représentent la vieille civilisation européenne, a pour base certains principes généraux qui sont partout les mêmes. Dans la littérature allemande, l'ensemble de ces principes a trouvé son expression dans l'idée du *Rechtsstaat*, de l'Etat régi par le droit. Le *Rechtsstaat* suppose, d'une part, une certaine organisation de la puissance publique, organisation qui tend à diriger, dans la mesure du possible, les agissements de l'administration d'après des *règles de droit* qui s'imposent à elle et qui déterminent à l'avance la situation juridique des individus sur lesquels elle agit. D'autre part, le *Rechtsstaat* veut aussi que ce qui doit avoir lieu dans le cas individuel soit fixé d'une manière formelle par un acte obligatoire équivalant au jugement du tribunal civil : c'est à cela que répondent l'*acte administratif* et surtout la *justice administrative*.

Dans ces conditions, il n'est pas sans intérêt de rechercher comment les idées connexes ont été appliquées dans un pays voisin et d'examiner de près ses institutions administratives. Pour le jurisconsulte français, la législation allemande doit présenter, à cet égard, un intérêt particulier. Cela se comprend facilement. La formation du droit allemand a, de tout temps, été ouverte aux influences étrangères. Pour ce qui concerne le droit public moderne, c'est surtout le droit français qui a servi de guide et de modèle. A

Digitized by Google

coup sûr, il ne faut rien exagérer ; il ne faut point vouloir expliquer tous les points communs par des emprunts au droit français. Une large part doit être faite au parallélisme des idées communes à tous les pays. Il reste, cependant, un assez grand nombre de matières dans lesquelles l'influence directe du droit français ne saurait être méconnue. Maintes fois, le droit français a été simplement copié. Plus souvent, on a adopté et transformé les institutions françaises en les combinant plus ou moins avec des idées d'origine allemande.

Le droit administratif allemand, pour la plus grande partie, n'a point profité de l'unification de l'Empire ; il est l'œuvre des législations particulières des différents Etats. Il présente donc de grandes variétés. Nulle part, l'élément français n'est resté tout à fait étranger. Mais on pourrait classer ces législations d'après le degré d'influence qu'elles ont subi. Le jurisconsulte français reconnaîtra partout des formes de son droit national ; tantôt il les retrouvera transportées dans un milieu nouveau, tantôt il les verra se heurter à des principes étrangers.

L'ouvrage, dont j'offre la traduction, occupe une place particulière dans la littérature du droit administratif allemand ; cela lui a valu des partisans et des adversaires. J'ai, dans ce livre, repoussé le système traditionnel qui se plaçait exclusivement au point de vue de la science administrative et de l'économie politique. J'ai essayé de suivre un système purement juridique, à peu près comme l'a fait *Laband* pour le droit public de l'empire allemand. Je reconnais que, pour édifier mon système, j'ai passé par l'école des jurisconsultes français ; j'ai beaucoup appris à l'étude de leur doctrine du droit administratif. Mais c'est bien à tort que l'on m'a reproché de vouloir introduire des manières de voir françaises et étrangères au génie

Digitized by Google

du droit allemand. Le lecteur français n'hésitera pas, je l'espère, à reconnaître combien mon livre est allemand pour la manière de penser et d'exprimer les idées. Si j'ai eu l'ambition de lui voir trouver un peu du caractère français, c'est pour la clarté du style et la netteté de l'expression. Il y a encore chez nous, il est vrai, des savants auxquels cela suffit à causer un certain malaise. Je crois inutile de les nommer.

Pour avoir osé faire moi-même la traduction de ce livre, j'invoquerai les avantages que l'auteur a sur tout autre traducteur. C'est lui qui, naturellement, est le meilleur garant que le sens de l'original a été bien compris ; c'est là, pour l'auteur, le point capital et peut-être aussi pour le lecteur. L'auteur est aussi le mieux placé pour apporter les changements convenables, afin de mieux exprimer sa pensée ou même de la rectifier. C'est ce que j'ai fait en plusieurs endroits; en particulier, pour une partie de mon exposé sur la nature des droits publics subjectifs et sur la force de la chose jugée en matière administrative, il n'existe point d'original allemand. Je puis encore invoquer, pour excuser la hardiesse de mon entreprise, ma sympathie pour la noble langue française. Mais tout cela, je le sais très bien, ne suffit pas pour faire une traduction élégante et convenable. Je n'ignore pas que j'ai besoin de beaucoup d'indulgence. Et j'aurais craint d'abuser de celle sur laquelle il m'est permis de compter si M. *Gaston Jèze*, mon excellent collègue, ne m'avait pas assuré son précieux concours pour apporter à ma traduction les retouches les plus nécessaires. Il ne me reste qu'à lui en exprimer mes vifs remerciements.

Leipzig, avril 1903.

OTTO MAYER

Digitized by Google

PRÉFACE DE L'ÉDITION ALLEMANDE

Lorsque j'ai eu à écrire un Droit administratif allemand, il m'a fallu remplir les conditions que, dans ma « Théorie du droit administratif français », j'avais posées pour un travail de ce genre. Toutefois, les difficultés étaient tout autres.

Le droit administratif français m'offrait un Etat unitaire avec un droit purement national. Pour le droit administratif allemand, au contraire, c'était la diversité des droits particuliers, subissant chacun à des degrés différents l'influence du droit étranger c'est-à-dire du droit français.

Là j'avais un droit tout moderne, issu d'un seul jet de la fournaise de la Révolution. Ici, c'était des transitions successives, mélangées de vestiges du passé.

Là, sur ces bases solides, je trouvais une doctrine bien assise avec une conformité remarquable dans les vues des écrivains. Je pouvais alors dire en toute sincérité que je n'étais qu'un rapporteur, ne faisant qu'exposer les faits des juristes français. Toutes les notions juridiques étant données d'une façon complète, je n'avais qu'à y apporter une expression différente et mon système personnel. Qui oserait prétendre que notre doctrine allemande sur le droit administratif soit arrivée, même approximativement, à une pareille perfection ?

Si les choses fussent allées au gré de mes désirs, ce

Digitized by Google

livre n'eût sans doute pas été écrit. Il fallait attendre, estimais-je, qu'une étude approfondie des détails des différentes matières eût frayé la route. Ce qu'il aurait fallu, c'était des monographies. Et, pour ma part, je m'étais déjà mis à l'œuvre pour contribuer à cette tâche. Mais lorsque, il y a maintenant sept années, l'invitation me fut adressée de collaborer à cette collection (1) pour le manuel de droit administratif allemand, je ne crus pas pouvoir refuser. Peut-être avais-je quand même raison de m'attaquer courageusement à l'édifice pour le construire systématiquement d'après des vues d'ensemble. C'est pourquoi je me suis dit : avec l'aide de Dieu! Et j'ai fait ce que j'ai pu.

Ce premier volume comprend toute la partie générale (2) et, de la partie spéciale, les théories du pouvoir de police et du pouvoir financier (3), dans lesquelles la manifestation exclusive de l'autorité accuse si fortement le caractère de droit public.

Le second volume contient ensuite la théorie du droit réel public, celle des obligations spéciales de droit public : service personnel, charges publiques, concessions d'entreprises publiques, utilisation des services publics et rétributions qui s'y rattachent, etc., ainsi que la théorie des personnes morales du droit public, en tant qu'elles appartiennent au droit administratif (4). Partout nous constatons des analogies avec les institutions du droit civil qui servent de modèles. Ce volume, qui est achevé en manuscrit, paraîtra prochainement.

Je n'ai qu'une observation générale à faire touchant la terminologie.

(1) Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, publié sous la direction du *Dr Karl Binding*, professeur à Leipzig (von Duncker et Humblot, édit., Leipzig).

(2) C'est l'objet du tome Ier de l'édition française.

(3) Tome II de l'édition française.

(4) Tomes III et IV de l'édition française.

La langue juridique allemande est, pour notre matière, encore très imparfaite et défectueuse.

Le droit public, dans une large mesure, a besoin de faire des emprunts au droit civil ; il doit se servir des expressions du droit civil pour exposer ses théories. Je ne me suis fait aucun scrupule d'en user ainsi, ayant conscience que je maintiendrais toujours assez vigoureusement la différence entre ces deux sphères juridiques, pour qu'une confusion des idées fondamentales ne soit pas à craindre malgré l'identité des expressions.

Ce qui est plus regrettable, c'est que beaucoup des mots qui désignent nos notions les plus importantes aient plusieurs sens et servent à des notions distinctes. C'est ainsi, par exemple, que toutes les expressions qui désignent des activités de l'Etat, signifient, dans un sens métaphorique, les lieux dont ces activités partent ; elles ont donc, à côté du sens matériel, un sens personnel.

C'est le cas, par exemple, pour les termes : gouvernement, administration, législation, police. Il y a des expressions qui acquièrent encore un sens spécial quand on les considère dans une certaine opposition : telles sont les expressions gouvernement et représentation nationale. De plus, le développement historique a donné à ces expressions un sens différent suivant les différents degrés. Je ne peux point changer cela.

Il faudra établir, pour chacun de ces termes, une notion fondamentale qui lui soit propre. Si, me conformant à l'usage, je l'emploie dans un sens différent, cela devra résulter clairement de l'ensemble de l'exposé ; sans quoi, nous serions en faute.

Tout autre est le cas où l'on emploie un mot dans un sens différent parce qu'on n'est pas d'accord sur la notion même à exprimer. Les expressions · l'Etat régi par le droit (*Rechtsstaat*), pouvoir exécutif, justice

Digitized by Google

administrative, domaine public, en sont des exemples. Ici, évidemment il n'est pas possible de se réserver un usage double ; mais ce qu'une fois on a reconnu pour exact devra être maintenu et strictement suivi.

Je me suis aussi efforcé de donner à une série d'expressions usitées et qui, d'ordinaire, ont quelque chose de vague et d'indécis, un caractère plus déterminé, en les rattachant à une notion juridique. Par là, je me mets en contradiction avec la terminologie courante à laquelle je veux imposer certaines restrictions. J'aurais pu facilement l'éviter en choisissant chaque fois un mot nouveau, un terme étranger surtout, qui, par sa nature même, échappe à un examen aussi rigoureux du sens qu'il faut lui donner. Mais j'ai pensé qu'il fallait essayer de voir si la notion bien établie n'exerce pas une attraction suffisante sur l'expression la plus voisine. Ce serait tout au moins la voie naturelle pour arriver à la formation si nécessaire de notre langue juridique.

L'essentiel sera toujours que l'idée placée sous cette expression ait quelque valeur par elle-même, c'est-à-dire soit propre à rendre plus claire et plus facile à comprendre la variété des faits que nous offre la réalité du droit.

Strasbourg, le 3 octobre 1895.

OTTO MAYER

Digitized by

TABLE DES ABRÉVIATIONS

L.V.G. Preuss. Landes Verwaltungs Gesetz. 30 July 1883.

C. Pr. O. — Civil processordnung : Code de procédure civile, du 20 mai 1898.

Gew. O. — Gewerbeordnung : Code industriel, du 21 juin 1869.

G. V. G. — Gerichtsverfassungsgesetz : Loi sur l'organisation judiciaire, du 27 janvier 1877.

Stf. G. B. — Strafgesetzbuch : Code pénal, du 26 février 1876.

Stf. Pr. O. — Strafprocessordnung : Code d'instruction criminelle, du 1er février 1877.

B. G. B. — Bürgerliches Gesetzbuch : Code civil, du 18 août 1896.

Entw. d. B. G. B. — Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich : Projet de Code civil pour l'Empire allemand, de 1888.

Mot. — Motive : Motifs du projet de loi.

Pol. Stf. G. B. — Polizeistrafgesetzbuch : Code des contraventions de police.

A. L. R. — Allgemeines Landrecht : Code civil Prussien, de 1794.

C. c. — Code civil : Code civil français.

R. G. — Reichsgericht : Décision du Tribunal d'Empire.

On ajoute : *Samml.* — Sammlung : Collection de décisions du Tribunal d'Empire en matière civile, éditée par les membres de cette Cour.

Samml. Stf. S. — Sammlung für Strafsachen : Collection de décisions du Tribunal d'Empire en matière pénale, éditée par les membres de cette Cour.

O. Tr. — Obertribunal : Décision de l'ancien Tribunal supérieur de la Prusse.

On cite : *Str.* — Striethorst : Archiv für Rechtsfälle, die zur

Digitized by Google

Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind, édité par *Striethorst*.

Oppenhoff Rspr. — Oppenhoff Rechtsprechung : Die Rechtsprechung des königlichen Obertribunals und des königlichen Oberappellationsgerichts in Strafsachen, édité par *Oppenhoff*.

O. V. G. — Oberverwaltungsgericht : Décision du Tribunal administratif supérieur de la Prusse.

On cite : *Samml.* - Sammlung von Entscheidungen des königlichen Oberverwaltungsgerichts, éditée par *Jebens* et autres.

V. G. H. — Verwaltungsgerichtshof : Décision de la Cour administrative de Bavière

On cite : *Samml.* — Sammlung von Entscheidungen des königlichen Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs.

C. C. H. — Competenzconflictshof : Décision du Tribunal des Conflits de la Prusse.

(Les tribunaux correspondants des autres pays sont désignés spécialement).

J. M. Bl. — Justizministerialblatt : Bulletin du Ministère de la justice.

M. d. I. — Ministerium des Inneren : Ministère de l'intérieur.

O. L. G. — Oberlandesgericht : Cour d'appel.

Ob. G. H. — Oberstergerichtshof : Cour suprême.

Annalen. — Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, édité par *Hirth*.

Arch. f. öff. R. — Archiv für öffentliches Recht, éd. par *Laband* et *Stoerk*.

Grünh. Ztsch. — Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart, éd. par *Grünhut*.

Wörterbuch. — Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, éd. par *v. Stengel*.

Zeitsch. f. Ges. u. Pr. — Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts, éd. par *Hartmann*.

Reger. — Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, édité par *Reger*.

Zeitsch. f. Stf. R. W. — Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, édité par *v. Liszt* et *v. Lilienthal*.

Bl. f. adm. Pr. — Blätter für administrative Praxis, édité par *Brater*.

Sächs. Ztsch. f. Pr. — Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung

der Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen, édité par *Fischer*.

Württemb. Arch. f. R. — Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung mit Einschluss der administrativjustiz.

St. R. — Staatsrecht, avec le nom d'un auteur veut dire : Cours de droit public.

V. R. — Verwaltungsrecht : Cours de droit administratif. On ajoute le nom du pays dont s'agit.

Digitized by Google

INTRODUCTION

§ I

La notion de l'administration

C'est dans l'Etat que l'étude du droit administratif trouve son objet. Mais l'Etat se présente pour l'ordre juridique sous différents points de vue. La notion de l'administration nous indique le côté par lequel l'Etat nous intéresse.

I. — L'*Etat*, c'est un peuple organisé pour la poursuite de ses intérêts sous une puissance souveraine. L'*administration* est l'activité de l'Etat pour l'accomplissement de ses buts. Ainsi comprise, elle est l'opposé de la *Constitution*, qui, elle, ne fait que préparer cette action : l'administration signifie la formation de la puissance souveraine par laquelle l'Etat devient capable d'agir.

Cependant, la notion de la Constitution, comme toutes les autres notions que nous rencontrons ici, a reçu, dans le cours du développement historique, une qualification positive : on ne parle aujourd'hui de Constitution que dans le cas où, dans la formation de la puissance souveraine, il en a été attribué une certaine

Digitized by Google

part à une représentation nationale (1). Un Etat organisé d'après ces idées s'appelle un *Etat constitutionnel*; et l'ensemble des règles qui servent à former sa puissance souveraine, c'est son *droit constitutionnel*. Nous verrons comment notre droit administratif tout entier dépend des distinctions dans la puissance souveraine qui en résultent.

Les pouvoirs une fois constitués, sous leur autorité, les agents et fonctionnaires de toute sorte procèdent alors à l'activité qui doit réaliser le but de l'Etat. L'administration n'est qu'une branche d'un tout qui se présente dans cette trinité bien connue : *législation, justice, administration*. Ce n'est que dans cet ensemble, que la notion de l'administration trouve sa détermination définitive.

On donne encore comme quatrième espèce d'activité, le *gouvernement* (Regierung). Mais le sens du mot gouvernement, après avoir passé par différentes phases, s'est fixé aujourd'hui d'une manière qui le fait sortir tout à fait du cercle de ces idées.

Originairement, on voulait comprendre sous ce nom, l'activité entière de l'Etat : législation, justice et administration. Dans le progrès du développement, ces branches s'en sont détachées l'une après l'autre. La justice, le domaine des tribunaux ordinaires, se sépare la première : on commence à distinguer affaires de gouvernement et affaires de justice. Avec la formation du nouveau droit constitutionnel, la législa-

(1) *V. Sarwey*, Allgemeines Verwaltungsrecht, p. 17; *Zachariæ*, Vierzig Bücher vom Staate, III, p. 1. — Tandis que Frédéric le Grand parle encore tout bonnement de « sa constitution » (*Preuss*, Urkundenbuch, I, p. 124), Madame de Staël, adressant à l'empereur de Russie cet éloge : « Vous êtes la constitution de votre empire », veut faire entendre que cet empire, en réalité, est sans constitution. Il y a entre ces deux manières de voir, marquant l'époque historique du changement intervenu, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : dans l'art. 16 il est déclaré catégoriquement que tout peuple qui n'est pas organisé d'après les idées nouvelles « n'a pas de constitution ».

Digitized by Google

tion, étant subordonnée à la collaboration de la représentation nationale, commence à apparaître comme l'opposé de tout le reste de l'activité de l'Etat. Enfin, pour toute l'activité qui n'est ni justice ni législation, le mot administration s'est introduit, non pas pour remplacer celui de gouvernement, mais pour désigner une nouvelle branche d'activité qui, se détachant encore du gouvernement, est placée à côté de la justice et forme comme celle-ci son opposé (2).

La vérité est qu'aujourd'hui toute l'activité immédiate de l'Etat semble être attribuée à ces trois branches spéciales. Elles n'ont laissé au gouvernement que ce qui leur est commun. On comprend aujourd'hui, par gouvernement la haute direction, l'impulsion qui part du centre pour faire marcher les affaires dans le sens d'une bonne politique et de l'intérêt général. Ressortissant au prince et à ses auxiliaires, le gouvernement influe sur toutes les branches de l'activité matérielle de l'Etat, mais il reste par lui-même d'une nature plutôt idéale Il ne descend pas, par ses effets directs, sur le terrain du droit (3).

II. — La législation, la justice et l'administration sont toutes des activités par lesquelles l'Etat veut réa-

(2) Pour se rendre compte de ces changements successifs, il suffira de comparer : *Moser*, Landeshoheit in Regierungssachen, chap. I, § 4, où le gouvernement est encore tout ; *Häberlin*, Lehrbuch des Staatsrechts, II, § 295, note, où le gouvernement embrasse encore tout, même la législation, à l'exception seulement de la justice ; *Zachariæ*, Vierzig Bücher vom Staate I, p. 124, et *Pözl*, Bayrisches Verfassungsrecht, § 143, où le pouvoir législatif est également distingué du pouvoir gouvernemental ; enfin *v. Roenne*, Preussisches Staatsrecht III, p. 1, note 3, où il est dit : « La séparation du gouvernement et de l'administration est dans les idées fondamentales de la monarchie représentative ».

(3) *Zachariæ*, Vierzig Bücher, I, p. 124 ; *v. Roenne*, Preussisches Staatsrecht, III, p. 1. Le mot « gouvernement » étant devenu, pour ainsi dire, disponible, on a essayé, de différentes manières, de lui donner un autre emploi : *Schulze*, Deutsches Staatsrecht, I, § 184 ; *Haenel*, Staatsrecht, § 18. Mais il sera toujours difficile de faire accepter ceci par l'usage. Comp. aussi la note 15 ci-dessous, p. 10.

Digitized by Google

liser son but. Ce qui les distingue entre elles, c'est la manière différente dont elles doivent servir à cette réalisation.

Cette différence, il ne faut pas vouloir la chercher dans la simple étymologie des mots. C'est le développement historique qui a fixé leurs rôles respectifs ; nous pouvons trouver les éléments qui successivement y ont contribué (4).

1) *Législation*, dans notre ancien droit, signifie l'établissement par le souverain de règles générales et obligatoires pour les sujets, de règles de droit (5).

C'est justement en vue de cette fonction, que le droit constitutionnel moderne a formé la représentation nationale : que cette législation ne puisse pas se faire sans le concours du corps représentatif, c'est son principe fondamental. Dès lors, la notion de législation a acquis aujourd'hui un nouvel élément caractéristique. Elle continue à être l'établissement des règles de droit par la puissance souveraine ; mais cette puissance maintenant ne se manifeste que par le concours du corps représentatif. C'est par la réunion de ces deux éléments, que la législation forme la notion opposée à celle d'administration (6).

(4) *Haenel*, Gesetz im formellen und materiallen Sinne, p. 183, reproche au système de ces trois catégories d'être « contraire à tout ce que la logique doit exiger d'une distinction scientifique ». C'est possible. Mais il s'agit d'un groupement des différentes activités de l'Etat, qui est entré dans les usages et a été adopté par l'ordre juridique, qui a l'habitude de le viser par ses dispositions. Ce que la logique de *Haenel* veut mettre à la place nous laisse dans le vague et n'a aucun rapport avec les idées généralement admises.

(5) *Moser*, Landeshoheit in Regierungssachen, IV, § 2 ; *Häberlin*, Staatsrecht, II, § 221 ; Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, II, 13, § 6.

(6) *Rousseau*, Contrat social, II, chap. VI, l'appelle législation : « quand tout le peuple statue sur tout le peuple, alors la matière sur laquelle on statue est générale, comme la volonté qui statue ». On voit très bien ici la réunion des deux éléments : puissance souveraine et règle générale. — On parle encore de législation dans le même sens, quand, dans nos cours de droit public, il s'agit de donner une énumération sommaire des « fonctions générales de l'Etat » : *v.*

Digitized by Google

Nous aurons à en faire une application dans une question qui a été vivement discutée dans notre littérature. L'unité de la notion de législation n'empêche pas que le mot qui exprime son produit, la loi, serve, dans l'usage de notre langue juridique, à désigner deux choses différentes, selon qu'on met en relief exclusivement l'un ou l'autre des deux éléments qui sont dans la notion de législation. C'est la fameuse distinction de la loi dans le sens formel et dans le sens matériel. Le mot loi comprend alors chaque fois un excédent d'un côté ou de l'autre, excédent qui n'appartiendra pas à la législation, mais entrera dans la sphère de l'administration.

D'un côté, la forme constitutionnelle destinée à produire la loi-règle de droit peut servir à toute autre espèce d'actes. Ce sont surtout des actes individuels dont il s'agit ici : concession de chemins de fer, autorisation de vendre des propriétés de l'Etat, déclaration d'utilité publique en vue d'une expropriation à faire, etc. Cela s'appelle encore une « loi » à cause de la forme suivie pour émettre l'acte. Mais on y reconnaît facilement les signes caractéristiques d'un acte administratif, d'un acte de gestion, enfin d'un acte par lequel la représentation nationale participe à l'administration (7). La législation suppose toujours la création d'une règle de droit.

Roenne, Preussisches Staatsrecht, I, § 88 ; *Schulze*, Deutsches Staats Recht, I, p. 518 ; *G. Meyer*, Deutsches Staatsrecht, § 155. Dans le droit constitutionnel de l'Etat fédéral, les mots « législation de l'Empire » servent à indiquer à la fois la compétence du pouvoir législatif de l'Empire et la condition que, de cette compétence, il ne doit être fait usage que dans la forme d'une règle de droit : *Haenel*, Gesetz im form. und mat. Sinne, pp. 277 ss., *Arndt*, Verordnungsrecht, pp. 187 ss.

(7) *Laband*, das Staatsrecht des deutschen Reiches, Droit public de l'Empire allemand, 1re édit. allem., I, p. 567 (édition française Boucard et Jèze, II, p. 344). *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, pp. 255 ss. ; *v. Sarwey*, Algem. Verw. Recht, pp. 24 ss. ; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 155. On a essayé, il est vrai, de construire également la notion d'une

Digitized by Google

D'un autre côté, le mot « loi » sert également à désigner toute sorte de règles-de-droit, quelle que soit leur source, même celles qui résultent d'une ordonnance, d'un statut, d'une coutume. Or, le droit coutumier ne manifeste aucune activité de l'Etat; les ordonnances et statuts appartiennent à l'administration. Il n'y a pas ici de législation, parce que celle-ci suppose en même temps une action de la puissance souveraine.

2) La *justice* (Justiz, Rechtspflege), en principe, est l'activité de l'Etat pour maintenir, par la puissance publique, l'ordre juridique. Les autorités qui en sont chargées s'appellent tribunaux. Or, à l'époque où, chez nous, la distinction entre la justice et l'administration s'est opérée, il n'y avait des tribunaux que pour le maintien du droit civil et pénal. Le mot justice en a gardé l'empreinte ; la justice est maintenant cette activité de la puissance publique pour le maintien de l'ordre juridique qui ressortit aux tribunaux chargés de l'application du droit civil et du droit pénal.

« administration dans le sens formel », à laquelle ces choses alors n'appartiendraient pas. Nous n'entrerons pas dans cette voie. Que le mot loi soit employé dans un sens double, un sens formel et un sens matériel, c'est un fait ; mais ce n'en est pas moins un inconvénient. Nous ne voyons pas le mérite qu'il y a à propager cet inconvénient en appliquant cette même division bipartite à tous nos autres termes techniques. Dans ce sens, *Seligmann*, Beiträge, p. 157, est déjà arrivé à distinguer un droit coutumier dans le sens formel et un droit coutumier dans le sens matériel.

(8) *V. Sarwey*, Allg. Verw. Recht p. 20 ; *v. Martitz*, dans Zeitschrift für Stsw., XXXVI, p. 258. *G. Meyer*, Staatsrecht § 8 : « la législation est la plus haute fonction de l'Etat, elle est formellement libre de toute limitation ». Cependant, dans Grünhut's Zeitschrift, VIII, p. 40, *G. Meyer* ne voudrait placer dans la catégorie de l'administration que les règlements de police émanant des autorités ; les ordonnances du chef de l'Etat, d'après lui, seraient plus utilement exclues de l'administration. Mais l'ordonnance impériale, sur les moyens d'empêcher les collisions entre navires, qu'il cite comme exemple principal, n'est qu'un règlement de police comme les autres. Il est vrai qu'il y a des ordonnances qui n'appartiennent pas à la sphère de l'administration ; voyez la note 13 ci-dessous, p. 9.

Digitized by

C'est par la réunion de ces deux éléments que la justice s'oppose à l'administration (9).

La justice ne se restreint pas à ce qu'on appelle la *juridiction* (Rechtsprechung) proprement dite, c'est-à-dire à la déclaration de ce qui, d'après l'ordre juridique, doit être de droit dans le cas individuel. Elle comprend non seulement toute la direction de la procédure, mais aussi tout ce qu'on appelle la *juridiction gracieuse*, en tant que, par ses constatations authentiques, par ses confirmations et actes de surveillance, elle sert au maintien de l'ordre juridique. La justice n'apparaît pas seulement dans les actes auxquels le juge procède en personne ; elle comprend encore tout ce qui, avec le concours du juge et sous sa direction, se fait dans ce but au nom de l'Etat : les actes du ministère public, les significations, saisies et autres mesures de contrainte effectuées par les agents d'exécution judiciaire (10).

(9) D'après *Loening*, Verw. Recht, p. 21, « la juridiction ou justice dans le sens historique » ne comprendrait que le maintien du droit civil et pénal. Ce n'est pas correct : lorsque le tribunal statue sur le salaire du fonctionnaire, il s'agit bien là d'une question de droit public, et c'est cependant de la justice dans le sens historique. *Schulze*, Deutsch. Staatsrecht, I, pp. 545. 546 ; *Laband*, Droit public, I, p. 673 de la 1re édition allemande (II, p. 508 de l'édition française), insistent avec raison sur le « critérium subjectif » caractérisant la justice.

(10) Quand on parle de juridiction gracieuse, il est d'usage de faire la remarque qu'elle n'est pas de la justice proprement dite, mais appartient, par son contenu matériel, à l'administration: *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 3 ; *Seligmann*, Beiträge, p. 71 ; *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 2. Mais comme *Laband*, St. R., I, p. 678 note, 1re édition allemande (II, p. 516 édition française), l'observe très justement, quand on veut aller si loin, il serait logique de détacher de la justice tout ce qui n'est pas juridiction proprement dite, c'est-à-dire acte d'autorité déclaratif du droit : exécution du jugement, instruction du procès, fixations de jour, remises des débats ; tout cela serait de l'administration. *Leuthold*, Sächsisches Verw. Recht, p. 137, acceptant cette conséquence, voit, dans la direction du procès par le juge, « une vaste partie de l'administration publique ». Des exagérations pareilles ne servent qu'à décomposer, sans aucune utilité, les groupes simples traditionnels. Nos lois d'Empire, tout au moins, considèrent encore tout simplement la juridiction gracieuse comme partie intégrante de la justice et comme le contraire de l'administration. Sans cela, elle

Digitized by Google

Mais il n'y a plus justice, malgré toute apparence extérieure, aussitôt que l'un ou l'autre des deux éléments constitutifs fait défaut. Les tribunaux peuvent être chargés de toutes sortes de gestions et d'actes préparatoires nécessaires à la bonne marche de la justice, tels que conservation du matériel, nominations à des services subalternes. Par cela même que cela ne signifie pas maintenir l'ordre juridique par la puissance publique, ce n'est pas de la justice, mais de l'administration. Cela appartient à cette branche spéciale de l'administration, qui s'appelle l'administration judiciaire (Justizverwaltung).

D'un autre côté, ne rentrent pas dans la sphère de la justice toutes les activités qui, bien que servant au maintien de l'ordre juridique par les moyens de la puissance publique, ne ressortissent pas aux tribunaux chargés du droit civil et du droit pénal. Toutes les constatations, confirmations, surveillances, que fait la juridiction gracieuse, ont leur correspondant dans l'administration ; la moitié peut être des actes administratifs ont le caractère d'une déclaration de ce qui est de droit, par conséquent le caractère d'une juridiction, essentiellement semblable à la juridiction civile. La distinction ne consiste que dans le point de départ : ce qui n'émane pas des tribunaux civils est administration. Les tribunaux administratifs eux-mêmes, avec tous leurs actes, appartiennent à l'administration (11).

serait exclue formellement par le § 4 Einführungs-Gesetz zu Gerichts-Verfassungs-Gezetz für das deuts. Reich qui défend de charger les tribunaux ordinaires de toute sorte d'administration ; la seule exception que la loi admette en faveur de l'administration extérieure de la justice, dont nous parlerons tout à l'heure, ne pourrait certes pas être invoquée ici.

(11) *Schulze*, Deutsches Staatsrecht, I, p. 546. Voir aussi les déclations de *M. Leonhardt*, ministre de la justice prussienne lors des débats dans le Reichstag sur la loi d'organisation judiciaire (*Hahn*, Materialien zu Gerichts-Verfassungs-Gesetz, p. 1185).

3) En examinant les deux premières branches de l'activité de l'Etat dont la notion tient essentiellement à la réunion de deux éléments, nous avons constaté que, dès que l'un de ces éléments fait défaut, l'activité, quel que soit d'ailleurs son caractère, tombe, par cela même, dans la sphère de l'administration. Par suite, cette notion semble être délimitée négativement : l'*administration* doit être toute activité de l'Etat, qui n'est ni législation ni justice (12).

Il faut cependant compléter cette définition par des éléments positifs, à un double point de vue. En effet, n'est pas administration tout ce que l'Etat fait en dehors de la législation et de la justice.

Et d'abord, il faut nous rappeler que l'Administration doit être l'opposé de la Constitution, puisqu'elle est une autorité qui tend directement à la réalisation des buts de l'Etat. Or la formation de l'Etat et de sa puissance souveraine — qui ressortit à la Constitution — ne peut pas se faire aussi exclusivement par l'effet des règles stables du droit constitutionnel. Il faut une foule de décisions et d'actes de gestion pour mettre la Constitution en mouvement et pour pourvoir à son fonctionnement : proclamer un avènement à la couronne, installer une régence, ordonner et diriger les élections pour l'assemblée nationale, convoquer et renvoyer cette assemblée, nommer les membres de la Chambre des Pairs, tout cela n'est ni de la législation, ni de la justice, et cependant ce n'est pas de l'administration. C'est une *activité auxiliaire du droit constitutionnel* (13).

(12) *V. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 14. Opposée ainsi aux deux autres activités de l'Etat, avec leurs formes bien déterminées, l'administration a quelque chose de mobile et de variable. Ce n'est que dans l'administration qu'on voit agir l'Etat ; (*Laband*, Droit public, I, p. 676, 1re édition allemande ; II, p. 517 édition française).

(13) *Loening*, Verw. Recht, p. 2. *G. Meyer*, dans Grünhut Zeitschrift, VIII, p. 40, cite, comme exemple d'ordonnance qui reste en dehors de l'administration (comp. la note 8 ci-dessus, p. 6), l'ordonnance royale

Mais il y a encore un autre groupe, plus important même, qui nous présente l'Etat occupé à réaliser ses buts, comme dans l'administration, et qui, cependant, est autre chose que l'administration. De législation et de justice, il n'en peut pas être ici question. C'est une quatrième espèce, qui se place à côté des trois activités qu'on a l'habitude d'indiquer seules. Ce qui la sépare de l'administration, c'est que la notion d'administration a également reçu un *élément positif*, dont nous devrons nous rendre compte. Il faut nous rappeler que l'administration, comme espèce d'activité particulière, s'est détachée du gouvernement à l'époque où l'idée de l'Etat moderne formulait chez nous son programme du régime du droit, auquel tout devait être soumis, même les rapports de la puissance publique avec le sujet. L'administration, dès son début, a été envisagée comme une activité de l'Etat qui *s'exerce sous l'autorité de l'ordre juridique qu'il doit établir*. Et c'est cela même qui a motivé la séparation d'avec le gouvernement (14).

Par conséquent, l'administration ne comprend pas toutes les activités de l'Etat, par lesquelles, pour l'ac- l'accomplissement de ses buts, *il sort de la sphère de son ordre juridique* (15).

sur la formation de la première chambre prussienne. Ici nous sommes d'accord : il s'agit de compléter la Constitution.

(14) De là, la maxime si souvent répétée : l'ordre juridique est pour les tribunaux le but, pour l'administration la borne : *Stahl*, R. u. St. Lehre, II, § 57, § 173 ; *Bähr*, Rechtsstaat, p. 52 ; *Ulbrich*, dans Grünh. Zeitschrift IX, p. 1. *Schulze*, D. St. R., II, p. 67 ; *Laband*, Staats Recht 1re édition allemande, II, p. 200 (dans les éditions ultérieures de cet ouvrage, la « borne » joue un rôle moins important). Cette image de la borne, comme nous le verrons, n'est pas très juste ; mais en tout cas, elle exprime suffisamment le principe, qu'il doit y avoir un ordre juridique pour l'administration. *V. Roenne*, Preuss. Staatsrecht III, p. 1, note 2, explique la séparation du gouvernement et de l'administration, « par les responsabilités qui, dans l'Etat constitutionnel, s'attachent à cette dernière ». Cela exprime d'une façon un peu moins claire la même pensée.

(15) Nous n'avons pas de terme technique pour toute cette quatrième catégorie d'activités de l'Etat. Les auteurs français se servent ici des mots acte de gouvernement (*Otto Mayer*, Theorie des Französ. Verwal-

C'est ce qui a lieu dans les *relations diplomatiques*. Les traités internationaux, les démarches auprès des gouvernements étrangers, négociations, réclamations, sommations, tout cela n'est pas placé sous le régime de notre propre loi. C'est le droit des gens qui en règle les conditions et les effets (16).

Nous refusons encore le nom d'administration à la *guerre* : quand l'Etat lance ses armées contre l'ennemi, sacrifie des vies d'hommes, brûle des villes et rançonne des provinces, c'est bien la manière la plus vigoureuse de poursuivre ses intérêts, mais cela ne s'appelle pas administrer. Ce qui règle cette activité de l'Etat, ce n'est pas son ordre juridique à lui, mais le droit des gens. Nous dirons la même chose pour le cas de *guerre civile*. Mais déjà la lutte contre l'*émeute*, qui n'a pas encore la nature d'une guerre civile proprement dite, est, dans une certaine mesure, placée en dehors de l'ordre légal ordinaire : elle emprunte cette franchise à la guerre, sans être soumise comme celle-ci au droit des gens. L'armée, qui doit être l'instrument de la guerre, en porte la marque dans son organisation intérieure : le *commandement militaire* qui en forme le noyau est, par sa nature, absolu et libre de toute limitation juridique ; donc son exercice ne s'appelle pas administration (17).

tungsrechts, pp. 8 ss.), ce qui, d'après ce que nous avons exposé sur le développement historique des notions de gouvernement et d'administration, paraîtra très logique.

(16) *Zorn*, dans Annalen, 1882, p. 82, note 6 ; *Laband*, Staatsrecht II, p. 1, note 1, 1re édition allemande, (III, p. 1, édition française). Si *Jellinek*, Gesetz und Verordung, pp. 341, 342, place les traités internationaux dans « la catégorie matérielle de l'activité administrative », c'est qu'il part de l'idée que l'Etat « fait, des normes du droit des gens, des règles de son ordre juridique particulier ». De cette manière, il faut en convenir, le traité international serait aussi une activité de l'Etat sous son propre ordre juridique et, par conséquent, un acte de l'administration. Quant à savoir si l'on doit admettre cette adoption du droit des gens par l'Etat, c'est une autre question.

(17) *Laband*, Staatsrecht, 1re éd. all., II, p. 644 ; *Haenel*, Staatsrecht, I, pp. 473 ss. Les limites de ce qui est exclu de la sphère de l'adminis-

Digitized by Google

L'ancienne doctrine du droit public professait l'idée qu'il y avait des cas où le droit existant doit céder à un intérêt supérieur de l'Etat. On appelait cela le *droit de haute nécessité* (Staatsnotrecht) ; ce droit appartiendrait au prince. Il y a des auteurs disposés à admettre des théories pareilles même dans le système constitutionnel de l'Etat moderne. En tout cas, cela ne serait pas de l'administration (18). Mais nos Constitutions ont l'habitude de prévoir elles-mêmes des mesures extraordinaires, en reconnaissant au prince le droit de faire des *ordonnances d'urgence* (Notverordnungen) ayant provisoirement toute la force d'une loi. Quand, dans un cas de haute nécessité, le prince émet une ordonnance d'urgence, il n'administre pas, comme il le fait par les ordonnances ordinaires, parce qu'il n'est pas lié alors par l'ordre légal existant. Il fait un acte de législation, qui, en cette qualité, n'appartient pas à la quatrième catégorie dont nous parlons ici.

En revanche, le système constitutionnel lui-même produit une nouvelle espèce d'actes qui sortent de l'ordre juridique. Ce sont les *mesures individuelles prises dans la forme d'une loi*. Ne contenant pas de règle de droit, elles ne font pas partie de la législation dans le sens strict que nous venons d'établir. On les qualifie d'ordinaire d'actes administratifs. Mais elles n'ont pas nécessairement ce caractère. Il faut distinguer.

tration, coïncident avec celles du commandement absolu. Il y a à côté du commandement, toutes sortes d'activités que l'Etat exerce dans l'intérêt de sa grande institution que forme l'armée. Cette activité se manifeste, en tant qu'elle n'est pas législation, sous l'autorité de l'ordre juridique, elle est l'*administration militaire* : *Haenel*, Staats Recht, I, p. 472 ; *Hecker* dans Wœrterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, I, p. 63 ; *G. Meyer*, Verw. Recht, II, p. 35. Conformément aux règles que nous venons de développer, cette administration comprend aussi la justice militaire (comp. II, note ci-dessus).

(18) *Zachariæ*, Staats-und Bundes-Recht, II, § 160, note 11. Dans le droit français, des mesures de ce genre s'appellent des « actes de gouvernement » dans un sens spécial ; elles forment l'opposé de l'acte administratif (*O. Mayer*, Theorie des Französ. Verw. Rechts, p. 9).

Digitized by

Il se peut que la législation ait prescrit, pour certaines mesures à prendre dans des cas spéciaux, la forme d'une loi (concessions de chemins de fer, déclarations d'utilité publique, etc.), ou que le prince et ses ministres choisissent spontanément la forme d'une loi pour une mesure administrative qu'ils auraient pu prendre seuls. Alors la loi prend part à l'administration.

Mais il se peut aussi que cette mesure ne soit pas prévue dans le droit existant, qu'elle soit même, d'après celui-ci, juridiquement impossible. Alors la loi peut quand même faire ce qu'elle veut et prescrire, malgré le droit existant, pour ce cas individuel, un ordre anormal. Ce sera un acte dont la validité ne pourra pas être contestée ; mais il ne pourra être ici question d'administration. Dès que la loi use de sa souveraineté, l'idée d'administration, qui, par sa nature, est soumise à l'ordre juridique, disparaît (19).

III. — Résumons-nous. *L'administration est l'activité de l'Etat pour la réalisation de ses buts et sous son ordre juridique.* Nous pourrons nous dispenser d'ajouter la condition qu'elle doit être une activité en dehors de la législation et de la justice ; cela est suffisamment indiqué par les mots « sous son ordre juridique ». En effet, dans la législation telle que nous l'entendons, l'Etat est *au-dessus* de cet ordre juridique ; dans la justice, tout se fait *pour* cet ordre. Quant à l'administration, sa dépendance vis-à-vis de l'ordre juridique, *sous* lequel

(19) *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, pp. 240 ss. a très bien exposé cette distinction à faire entre les actes individuels de la loi, qui sont des actes administratifs « parce qu'ils se tiennent dans le cadre de l'acte juridique existant » (p. 239). Il leur oppose les « lois individuelles », qui signifient « l'émission d'actes individuels contra legem, la création d'un droit nouveau » (p. 257). Ces derniers actes, Jellinek les fait rentrer dans la législation. Nous les en excluons encore, parce que nous n'y pouvons pas trouver de règle de droit. Mais cela se rattache à une vieille controverse que nous n'essayerons pas de vider ici. Il nous suffira de constater que ces actes n'appartiennent pas à l'administration et pour quelle raison.

elle opère, est moins stricte et plus variée. Fixer la nature de cette dépendance, tel est le premier problème que nous aurons à résoudre.

L'administration elle-même se subdivise encore : on distingue plusieurs branches de l'administration. Les groupes sont formés selon la distribution pratique des affaires. La distinction bien connue des cinq ministères : affaires étrangères, guerre, justice, finances, intérieur, en donne les bases.

Les trois premières de ces branches ont ceci de particulier, qu'elles ont chacune pour centre une certaine espèce d'activité, qui, par elle-même, est exclusive de l'idée d'administration. L'administration ne comprend que ce qui se fait autour d'elle et dans son intérêt.

L'administration des finances, au contraire, et celle de l'intérieur sont des administrations pures. L'expression « administration de l'intérieur » s'explique par l'opposition avec l'administration des affaires étrangères et par la spécialité des objets des autres branches : elle embrasse tout ce qui ne fait pas partie de ces dernières (20).

(20) *Loening*, Verw. Recht, p. 3. On aime à faire une sorte de description de ce que l'administration de l'intérieur peut faire et vouloir, en suivant surtout l'exemple des anciens auteurs qui traitent de la police : von *Stein*, Verwalt. Lehre, II, p. 46 et Handbuch, I, pp. 406 ss.; *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 1, p. 70 ; *Merkel*, Encyclopädie, p. 184. Cela est sans danger et ne sert à rien.

Digitized by Google

§ 2

Le droit administratif et sa doctrine

Droit administratif, dans le sens littéral du mot, veut dire droit relatif à l'administration ; cela désigne un droit qui lui est attaché.

Le droit suppose des rapports à régler, des personnes qui se trouvent en présence et entre lesquelles il faut tracer la ligne de leur pouvoir réciproque.

Les rapports, dont il s'agit ici, sont indiqués par la notion d'administration. L'administration, c'est l'activité de l'Etat. Ainsi, des deux personnes entre lesquelles le droit administratif doit tracer ses lignes, l'une est donnée d'avance : c'est l'*Etat*.

Vis-à-vis de cet Etat administrateur se trouve placée la masse des individus, de ses *sujets* : elle fournit l'autre personne. Il ne peut être question de droit administratif, qu'autant qu'il s'agit de *rapports entre l'Etat et les sujets*, soit des sujets isolés, soit des sujets réunis en groupes déterminés. Mais tout ce qui règle ces rapports n'est pas du droit administratif. Il faut préciser et éliminer.

I. — Nous opposons le droit administratif au *droit constitutionnel*, quoique ce dernier contribue, d'une manière très importante, au règlement des rapports entre l'Etat et les sujets. Mais l'intérêt principal du droit constitutionnel est dans la formation de la puissance souveraine que, dans l'administration, nous voyons à l'œuvre. Or, la Constitution ne suffit pas pour faire agir l'Etat ; il lui faut, au-dessous des pou-

Digitized by Google

voirs constitués, d'autres instruments de son action ; des autorités, des services publics, des emplois de toute sorte sont créés pour fonctionner, soit au nom de l'Etat, soit au nom d'une personne morale secondaire, d'un corps d'administration propre (*Selbstverwaltungskörper*). L'ensemble des règles qui fixent leurs compétences, leurs rapports hiérarchiques, les modes de nomination, la situation juridique des personnes ainsi nommées, forme l'*organisation administrative*. Cette organisation n'a pas pourtant le caractère de règles de droit. Mais elle contient des règles de droit de deux sortes qui touchent aux rapports entre l'Etat et les sujets.

Il y a d'abord le *rapport intérieur*, rapport entre l'Etat et les personnes qui lui servent d'auxiliaires. Ces rapports sont réglés dans les formes du droit administratif. Nous en traiterons en parlant des services personnels et des personnes morales du droit public.

Les personnes ainsi désignées doivent alors agir *sur le dehors* et vis-à-vis des autres sujets. Leur organisation exprime, dans ce rapport, une forme de l'action de la puissance publique et peut-être une condition de sa validité. Et à ce point de vue encore, elle peut devenir la matière de règles de droit administratif (1). Il en sera question lorsque nous exposerons les différentes institutions auxquelles cette idée s'applique. Mais si l'on considère cette organisation en soi et dans son ensemble, ce point de vue du droit administratif disparaît devant un autre intérêt principal, qui ressemble plutôt à celui qui caractérise le droit constitutionnel. Les personnes, dont l'Etat se sert pour agir sur le dehors, sont loin de n'être que des instruments. Elles ont une certaine indépendance dans l'exercice du pouvoir qui leur est confié ou délégué ; le droit tend à la leur assurer. Il y a, derrière elles, certaines puissances

(1) *Laband*, Staatsrecht, I, pp. 682, 683 édition allemande (II, pp. 523 ss., édit. française).

Digitized by Google

sociales, dont les règles du droit les font sortir : des corps professionnels, des classes économiques, des communautés locales. L'organisation administrative est la forme dans laquelle sont attribuées à ces derniers leur influence et leur part dans l'administration. Ce n'est que dans cet ordre d'idées qu'elle peut être bien comprise. Il s'agit ici de *droit politique* comme dans le droit constitutionnel (2).

Cette affinité paraît expliquer suffisamment pourquoi, chez nous, on a pris l'habitude de réunir l'organisation des autorités administratives avec le droit constitutionnel dans un système d'ensemble auquel on donne le nom de *droit de l'Etat* (Staatsrecht). En tout cas, cette organisation ainsi comprise n'appartient nullement au droit administratif, attendu qu'elle a vis-à-vis de celui-ci son esprit propre (3).

II. — Le droit et ses règles suivent l'administration partout où elle manifeste son activité. Selon la variété de ses activités, il y a des règles différentes à appliquer. A chaque cercle d'affaires correspond un cercle de règles de droit qui leur sont applicables. On pourrait peut-être essayer de grouper de la même manière

(2) *Gerber*, Grundzüge, pp. 237 ss. C'est surtout *Gneist*, qui, dans ses différents écrits, s'est inspiré de ces idées : Engl. Verw. Recht, 1883-86 ; Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, 1869 ; der Rechtstaat (2e éd.) 1879.

(3) On s'est donné beaucoup de peine pour donner à cette organisation une place dans le système du droit administratif. On l'y a fait figurer, par exemple, sous le nom de « droit administratif formel » : *Boesler*, Verw. Recht, I, p. 1 ; v. *Kirchenheim*, Einf in d. Verw. Recht, pp. 130 ss. Cela a la même valeur que si l'on appelait l'organisation judiciaire le droit de procédure civile formel. Il faut toujours se méfier de ce mot « formel », qui cache souvent, chez nos auteurs, un manque de clarté. D'autres font de l'organisation des autorités une « partie générale », à laquelle le droit administratif proprement dit se rattache comme « partie spéciale ». *Bornhak*, Preussisches Staatsrecht, II ; *v. Kirchenheim*, Einf. in d. Verw. Recht, p. 26. Ce sont également des mots sans valeur. — L'excellent traité de *G. Meyer*, dans *Holzendorff*, Rechtslexicon, intitulé « le droit administratif », ne donne que l'organisation des autorités et surtout des tribunaux administratifs avec quelques rares morceaux de droit administratif.

Digitized by Google

l'ordre juridique qui entoure l'homme privé, et de l'exposer avec ce système. Il suffirait d'envisager séparément les différents aspects que présente sa vie civile, de réunir les règles de droit applicables à chacun de ces aspects et d'en faire l'examen doctrinal. Nous aurions alors un droit de l'agriculture, de la production littéraire, des voyages et des amusements. Il est vrai, que, en général, cela donnerait l'impression d'un morcellement de ce qui forme une unité naturelle ; de plus, ce serait un travail bien ingrat. Mais il en est tout autrement de la vie de l'Etat, de l'administration. Les différents sujets se développent d'une manière plus grandiose, prennent des formes systématiquement fixées et se trouvent formellement distingués l'un de l'autre par suite de la distribution des compétences.

Une branche spéciale des sciences politiques, la *science administrative* (Verwaltungslehre) traitant de l'activité de l'Etat au point de vue de son but et de son objet, les classe dans un certain système selon leur importance matérielle. Elle nous enseigne sur chaque point ce qui se passe en fait, pourquoi cela se fait et ce qui devrait raisonnablement se faire. De cette manière, on nous donne une science de l'administration intérieure, une science des finances, une science de l'organisation de l'armée L'administration intérieure, si riche en matières, admet facilement encore des subdivisions multiples selon les différents objets : affaires de l'industrie, de la santé publique, des chemins de fer, de l'assistance publique. Partout, les règles de droit qui y sont relatives forment une partie essentielle des réalités que cette science se propose de nous faire voir (4).

(4) Le chef de cette école est, sans contestation, *L. v. Stein* : Verwaltungslehre, t. I-VII, 1865-1868, en partie réédité 1869, 1882-1884 ; Handbuch d. Verwalt. Lehre und des Verwalt. Rechts, 3e éd. 1888. Au point de vue du droit positif, les développements de cet auteur sont régulièrement inexacts.

Digitized by Google

Insistant spécialement sur ce dernier côté, nos juristes ont pu utiliser ce système pour exposer leur doctrine. On emprunte à la science politique ses classifications et ses vues générales pour y attacher les détails du droit correspondant. De cette manière, chaque branche de l'administration reçoit son droit; nous aurons surtout un droit de l'administration intérieure, qui se subdivise en droit de l'industrie, droit de la santé publique, droit de la voirie, droit des cours d'eau, droit de l'assistance publique, etc. On est arrivé ainsi à former, pour l'administration, des encyclopédies juridiques d'une utilité incontestable (5).

Mais nous ne pouvons pas en rester là. Il est évident que le droit, qui se rassemble autour d'une certaine branche de l'administration, est en lui-même de nature différente. Le point de vue matériel, qui domine dans le système de la science politique et qui donne à chacun de ces groupes son centre d'unité, est indifférent à cet égard. Il se forme, comme on l'a très bien remarqué,

(5) D'après *L. v. Stein*, le droit correspondant pousse de lui-même, dans chacune des « catégories que la science politique a établies ; chacune a « son » droit. Ces catégories n'étant faites par personne autre que le théoricien, c'est en définitive lui qui crée le droit (Handbuch, I, p. 244). Fort heureusement, on peut adopter ce système, même quand on refuse de lui attribuer ces forces merveilleuses. Nos juristes s'en servent plutôt (qu'on permette cette comparaison) comme d'une étagère, pour y placer convenablement des règles de droit. Dans ce sens, il a eu beaucoup de succès, et il faut reconnaître que, grâce à lui, les ouvrages récents, qui touchent notre objet, ont gagné beaucoup sur l'ancienne manière, en ce qui concerne l'unité et la clarté de leurs exposés. Pour le droit allemand commun, ce système a trouvé son application surtout chez *G. Meyer*, Lehrbuch des Verw. Rechts, *Loening*, Lehrbuch des Verw. Rechts ; *v. Sarwey*, Allgemeines Verw. Recht dans *Marquardsen*, Handbuch, I, 2, 1882 (voyez cependant la note 8 ci-dessous, p. 21). Quant au droit administratif des Etats particuliers, nous aurons à citer : *Bornhak*, Preussisches Staatsrecht, III, 1890 ; *Leuthold*, Sächsisch. Verw. Recht ; *Seydel*, Bayrisch. Staatsrecht, V et VI, 1891 et 1893. — *Grotefend*, Preussisches Verw. Recht, I, p. 64 ne donne qu'une expression vigoureuse à la conviction généralement partagée en disant : « Les œuvres de Stein sont devenues la pierre fondamentale de toute la doctrine du droit administratif ».

Digitized by Google

des conglomérats de droits hétérogènes : droit civil, droit pénal, droit public (6). Pour être réunis dans ces conglomérats, ces droits ne perdent pas leur nature. Donc, en exposant juridiquement les différents groupes, on a la facilité de renvoyer, pour les idées fondamentales et les notions systématiques, à la grande discipline qui s'occupe de chaque espèce de droit particulière : doctrine du droit civil, doctrine du droit pénal, etc Et s'il se trouve dans ces conglomérats une espèce de droit qui n'ait pas son domicile à lui, semblable aux autres, il faudra tâcher de le lui préparer : c'est le cas du droit administratif.

III. — Nous appelons droit administratif le *droit public propre à l'administration*. La science du droit administratif a son origine dans celle qu'on professait sous le nom de droit de l'Etat (Staatsrecht). Elle s'en est détachée à une époque très récente. Ce droit de l'Etat a toujours été reconnu comme branche du droit public ayant des idées juridiques fondamentales qui lui sont propres et qui donnent à toute sa construction intérieure et au développement de tous les détails un caractère distinct.

Or, on s'est trouvé en présence de ce fait que cette partie du droit de l'Etat, qui s'applique à l'administration, s'est énormément accrue en masse et en importance. Quand on regarde les choses de plus près, on s'aperçoit aussi que les rapports entre l'Etat et le sujet, dont il est question ici, sont dominés tout entier par des idées juridiques qui diffèrent de celles du droit constitutionnel et de l'organisation administrative. C'est pourquoi, nous traitons aujourd'hui séparément et comme objet d'une doctrine à part (7) cette partie du droit de l'Etat qui concerne l'administration.

(6) *Laband*, dans Archiv. für öff. Recht, II. p. 156.

(7) Le droit de l'Etat, fier de ses traditions, se refuse à reconnaître son rejeton comme son égal. *Held*, System des Verfassungsrechts, I, p. 27.

Digitized by

Si nous l'appelons *droit administratif*, elle n'a pas pour cela changé de nature : le droit administratif reste une branche particulière du droit public et sera exposé comme telle. Il va sans dire que, pour ce travail, nous ne pourrons pas nous attacher au système de la science administrative. Il y aurait à cette méthode de grands inconvénients. Des matières, qui, dans l'idée juridique, forment un tout, se trouveraient séparées et disséminées ; des répétitions fâcheuses seraient inévitables, et des choses très précieuses au point de vue juridique courraient le risque de n'y pas trouver place (8).

Il faut que la science du droit administratif ait

note 1, écrit encore en 1856, que, quant à la discipline du droit administratif, on peut douter « si elle n'est pas une branche de l'administration, plutôt que du droit ». Dans une intention analogue, *Laband*, dans Arch. f. öff. Recht, II, p. 157, donne à la doctrine du droit administratif la mission de cultiver ses « conglomérats ». pour lesquels la doctrine du droit de l'Etat lui fournira les « principes de droit public » dont elle aura besoin, c'est-à-dire tout ce qui, au point de vue de la doctrine, peut être de quelque intérêt. Nous voulons parler de ces principes d'une manière expresse et spéciale ; car l'ancien fournisseur ne s'en est occupé qu'accidentellement et très superficiellement, ce qui, à la longue, ne suffit plus.

(8) Nous nous contenterons de citer un seul exemple: l'expropriation pour cause d'utilité publique. Pour la doctrine du droit, c'est une chance spéciale, que de rencontrer dans la loi même une institution juridique bien délimitée et vigoureusement formée. Pour le système de la science politique, cette institution n'est qu'un embarras. Que faire d'elle ? Où la placer ? Il y a ici perplexité générale, *Loening*, Verw. Recht, p. 243 note 4, s'en débarrasse en l'éliminant tout à fait du droit administratif pour la mettre au compte du droit privé allemand ! Chez *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 280, elle trouve asile dans une catégorie bien inoffensive, mais qui, à la vérité, ne lui convient pas du tout ; elle est placée sous la rubrique « de la réglementation de la propriété immobilière ». Chez *Seydel*, Bayrisches Staatsrecht, III, pp. 607 ss., nous la retrouverons réunie avec quelques autres institutions qu'on est habitué à voir classées dans le droit constitutionnel, sous le titre commun : « fonctions générales de la puissance publique ». *v. Kirchenheim*, Grundriss z. Vorl. p. 143, traite dans un chapitre spécial des formes de l'activité de l'administration et de sa procédure ; il finit par « Appendice : l'expropriation ». Quand on considère comment, dans le droit civil, les grandes institutions juridiques se portent et s'expliquent mutuellement, on se rend facilement compte de ce que l'on perd ici.

son système à elle tout aussi bien que la science du droit civil (9).

(9) Convaincus des défauts du système de la science politique, les juristes autrichiens, qui depuis quelque temps s'occupent du droit public avec un zèle particulier et une compétence scientifique remarquable, ont réclamé souvent « une partie générale du droit administratif » *Ulbrich*, Oeffent. Rechte, p. 71 ; *Bernatzik*, Rechtskraft, préface p. IV. Mais il ne peut pas être question de ne présenter qu'une partie générale, comme on avait l'habitude d'en donner une dans les cours des Pandectes. Cela ne serait pas suffisant : ce sont les Pandectes mêmes qu'il nous faut.

Le premier qui ait essayé d'exposer dans ce sens le droit administratif allemand, c'est *F. F. Mayer*, dans son excellent livre : Grundsätze des Verwaltungsrechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht 1862. Parmi les ouvrages les plus récents, il faut citer en première ligne *V. Sarwey*, Allgemeines Verw. Recht. pp. 119 ss., où, sous le titre « droit administratif dans le sens spécial », les pures institutions juridiques de droit administratif trouvent une exposition assez complète.

Quand, dans ma « Theorie des Französischen Verwaltungsrechts », en 1886, j'ai proposé cette méthode, d'une manière peut-être un peu trop exclusive, des partisans de l'ancien système ont fait une opposition assez passionnée. Mon « Deutsches Verwaltungsrecht », en 1895 et 1896, écrit d'après les mêmes idées, n'a plus trouvé d'adversaires de principe. Naturellement, il n'est pas question de condamner toute autre manière de traiter du droit administratif. En particulier, le système de la science politique conservera toute sa valeur pour l'exposition des détails pratiques. Il suffit que notre système soit reconnu comme nécessaire pour faire bien comprendre l'esprit du droit administratif et qu'il ait droit à sa « place au soleil ». Je me réjouis surtout du parfait accord qui, après quelques discussions, a fini par exister avec mon regretté ami Max V. Seydel (Blätter für administrative Praxis, XLVIII, p. 143).

Digitized by Google

PARTIE GÉNÉRALE

SECTION PREMIÈRE

Le développement historique du droit administratif allemand.

§ 3

Les droits de supériorité des princes

Le droit administratif actuel, comme toute autre branche du droit, a son histoire. Pour le bien comprendre, les phases par lesquelles il est passé sont d'une importance incomparable. Il faut constater que le point où nous nous trouvons est, pour un examen historique, particulièrement intéressant. Nous pouvons maintenant embrasser d'un coup d'œil toute une série de révolutions importantes et profondes qui se sont produites dans un espace de temps assez court et qui viennent seulement d'être achevées.

Ici, l'histoire du droit n'a pas à constater le développement paisible, semblable à celui de l'arbre, qui

Digitized by Google

pousse de jeunes rejetons et laisse périr les vieux ; il ne s'agit pas d'un lent accroissement et de l'épanouissement des différentes formes qui aujourd'hui nous entourent. C'est le fondement tout entier, qui est, à chaque fois, changé. Le rapport juridique entre la puissance publique et le sujet, — rapport qui est l'objet du droit administratif, — repose sur certaines idées fondamentales dans le régime des *droits de supériorité du prince* d'autrefois (landesherrliche Hoheitsrechte) ; il repose sur d'autres idées dans le régime qui suit, régime qui est caractérisé par la *prépondérance de la police* (Polizeistaat) ; il repose aujourd'hui sur d'autres fondements, dans l'Etat soumis au *régime du droit* (Rechtsstaat). Nous sommes loin du progrès insensible des institutions du droit civil. Pour que celles-ci présentent une raideur de contrastes analogue, il faudrait imaginer qu'un régime de droit civil, du caractère de celui que nous avons actuellement, serait d'abord remplacé par la mise en vigueur d'un idéal anarchiste et puis par un système conçu dans le sens du socialisme.

La transition ne se fait pas dans toute l'Allemagne à la fois et d'un seul coup ; c'est tantôt l'un des groupes d'Etats, qui est à la tête, tantôt l'autre ; il y en a toujours qui s'attardent encore pour un certain temps dans le degré de l'époque précédente. Mais, en général, cette marche en avant s'est produite si rapidement, que nous pouvons, aujourd'hui encore, toucher presque de la main des institutions appartenant tout à fait aux principes de la première époque.

Lentement, les prérogatives des princes s'étaient développées ; quelques-uns des Etats allemands ont persévéré dans cette forme caractéristique jusqu'à la dissolution du vieil empire au commencement du 19e siècle. Rapidement et sous une impulsion énergique, l'absolutisme avec son régime de la police

Digitized by Google

s'était élevé pour détruire l'ancien ordre des choses ; au 18e siècle, il atteint son apogée. C'est seulement depuis le commencement du 19e siècle, que la formation du droit constitutionnel, l'idée de l'Etat soumis au régime du droit s'introduit victorieusement.

A cette marche rapide correspond l'état de choses que nous trouvons devant nous.

Le droit actuel est encore rempli des débris des époques précédentes, débris qui sont en plein contraste avec les principes fondamentaux du droit moderne et qui doivent ou disparaître ou se transformer.

La doctrine elle-même est souvent encore liée par des manières de voir, qui ne sont plus conformes au droit actuel ; elle tient à des expressions qui, aujourd'hui, ne peuvent servir que dans un sens tout à fait différent. Pour s'orienter ici, la première condition est de garder toujours la conscience de ces contrastes historiques.

I. — Ce que nous appelons aujourd'hui l'administration est sorti non pas de l'Empire allemand, mais de la puissance inférieure appelée supériorité territoriale. Pour la réglementation des relations des individus entre eux, le Droit romain fut adopté ; pour la réglementation des relations de l'Etat et des sujets, il n'en fut pas de même. L'idée de l'Etat omnipotent, qui est inhérente à ce droit, a été perdue. La *Majestas populi Romani*, au nom de laquelle les magistrats romains commandaient souverainement à leurs concitoyens, était encore restée vivante dans les institutions de l'Empire romain (1). Les peuples germaniques n'étaient pas capables de conserver cet héritage de la civilisation ancienne. La royauté franque avait encore pu tirer de cette succession une plénitude de puis-

(1) *Mommsen*, Abriss des Rœm. St. Rechts, p. 81 ; le même, Rœm. Staatsrecht, II, pp. 725 ss.

sance assez considérable et qui l'élevait de beaucoup au-dessus de la position des anciens chefs de tribu (2).

Sous les Carolingiens déjà, la destruction commence. L'Empire allemand a bien la prétention expresse de continuer le droit ; il prend bien de temps en temps un élan pour tirer de son idéal des forces nouvelles ; mais il s'en éloigne de plus en plus et s'affaiblit dans la même mesure. A la fin du moyen âge, c'est chose faite : le centre de gravité de la vie politique du peuple allemand est dans les territoires. Mais dans ces territoires, la puissance publique se forme sans aucun contact avec l'antiquité, sans aucune tradition. Lentement et à grand peine, elle se forme de toutes sortes de morceaux ; lors de sa première apparition, elle se présente à nous sous la forme bien accusée d'un conglomérat. C'est ce qui détermine aussi le caractère de ses relations avec les sujets.

Ce n'est pas l'Etat qui se trouve en présence des sujets ; cette notion abstraite ne fera son apparition que plus tard, pour produire alors tout de suite un effet puissant. C'est le prince en personne qui est en jeu. Il est investi d'une espèce particulière de droits qui lui sont propres. Ce sont des droits qui concernent les affaires de la communauté et qui marquent la position du prince au-dessus du territoire et des sujets. On les appelle droits de supériorité du prince : leur ensemble constitue la supériorité territoriale (*Landeshoheit*).

Ces droits ne sont pas les manifestations d'une plénitude de puissance dans le sens des droits de l'Etat, tels que nous les comprenons aujourd'hui ; ils sont acquis chacun séparément, l'un après l'autre, à des titres différents, acquis d'un côté vis-à-vis de l'Empire, comme démembrements de la puissance originaire de l'Empereur, acquis d'un autre côté vis-à-vis des sujets qui, en

2) *Brunner*, Deutsch. Recht. Geschichte, II, p. 8.

principe, sont réputés francs et libres de toute charge et ne sont soumis au prince qu'en tant qu'il peut produire contre eux un titre juridique. Par cette raison même qu'elle est ainsi conquise par morceaux, la supériorité territoriale a, suivant les lieux, une étendue très différente (3).

Cette puissance cependant gagne en conformité et en plénitude sous l'influence du *droit naturel*. Ce courant singulier qui, pendant des siècles, a guidé le monde savant par la foi immuable en un droit émanant de la nature, — droit qui existe pour toutes les relations humaines et n'a qu'à être constaté par la science et à être mis en œuvre par le droit positif, — ce courant d'esprit s'empare surtout de l'objet dont nous parlons. Les savants des 16e et 17e siècles préparent la voie à l'idée de l'Etat, en plaçant les devoirs et les droits du prince sous le point de vue central du *but de l'Etat*. Le prince est là pour protéger et augmenter le bien-être général ; tous les droits spéciaux qui lui appartiennent, il ne les a que pour ce but. Mais à l'inverse, si quelque chose est utile et nécessaire pour le bien-être général, il faut que le prince ait le droit correspondant, afin qu'il puisse y pourvoir. L'étendue de ses prérogatives se détermine donc par l'étendue des tâches qui, d'après l'opinion de l'époque, doivent être remplies pour la communauté. Plus ces tâches augmentent, plus les prérogatives, droits de supériorité, droits de majesté, *jura majestatis seu regiminis jura regia seu regalia* augmentent aussi. Leur énumération et leur classification, toujours amplifiée et perfectionnée, est, pendant longtemps, un chapitre indispensable dans chaque cours de droit de l'Etat (4).

(3) *Pütter*, Beitræge, I, n° 6 ; *Seckendorff*, Deutsch. Fürsten-St., addit. § 19, n° 4 et 5.

(4) *Pütter*, Instit. jur. publ., lib. VI et VII, donne un modèle de cette manière d'énumérer et d'analyser ; voir aussi son « conspectus »,

Digitized by Google

La théorie du « droit de la nature », il est vrai, ne dit que ce qui devrait être ; elle ne produit pas le droit directement ; le droit positif qu'elle rencontre est peut-être peu conforme avec ce qu'elle établit comme allant de soi et surtout avec ce qu'elle attribue au prince en fait de pouvoirs nouveaux. Mais elle a derrière elle la grande réalité de la force des princes ; celle-ci est toute disposée à prêter main forte à chaque programme nouveau pour le mettre à exécution et même pour le dépasser. Ainsi, la théorie du droit naturel a, au moins indirectement, contribué à créer le droit nouveau (5).

Toute cette évolution ne concerne pas l'Allemagne seule. En France surtout, le pouvoir royal s'était formé de bonne heure par un assemblage analogue de prérogatives ; il avait servi de modèle à notre théorie du droit naturel. En Allemagne, le caractère national devait ralentir cette marche en avant ; mais de plus, la dualité en laquelle ici la puissance publique se présente, comme puissance de l'Empereur d'une part, puissance des princes de l'autre, donne lieu à des dissemblances considérables,

Auquel des deux pouvoirs appartiendra l'accroissement que le « droit de la nature » entraîne d'une manière toujours plus large ? C'est évidemment au plus riche en sève vitale. C'est, depuis le traité de Westphalie, la supériorité territoriale qui l'emporte. La destinée de l'Empire s'annonce clairement dans le principe reconnu depuis cette époque : toutes les nouvelles

p. XXVII et XXVIII. *Goenner*, Staatsrecht, § 275, se contente, dans sa « classification des prérogatives », de onze espèces. Lorsque, sous l'influence du « droit naturel », les prérogatives ont été complétées et amenées à une certaine uniformité, les titres d'acquisition originaires s'effacent ; toutes les prérogatives sont maintenant attribuées au « droit naturel ». *Hufeland*, Natur-Recht, § 460, 461, 468 ; *Haeberlin*, Staatsrecht § 215.

(5) *Gierke*, Natur-Recht und Deutsch. Recht (discours de rectorat), p. 28.

Digitized by Google

prérogatives qui s'introduisent reviennent à la supériorité territoriale (6).

Mais ceci n'est qu'un point secondaire. Beaucoup plus important est un autre fait, dépendant aussi de la coexistence des deux sortes de puissances publiques : sur la puissance territoriale, qui renferme l'avenir de notre droit administratif, est placée, comme une sorte de grand régulateur, la juridiction de l'Empire. Au dernier moment, en 1495 — 25 ans plus tard cela aurait-il encore été possible ? — les pouvoirs de l'Empire ont réussi à créer le Reichskammergericht, auquel en 1501 le Reichshofrat est joint. Ces deux tribunaux sont placés, avec compétence égale, au-dessus des pouvoirs des princes, celui-ci investi d'une supériorité honorifique et d'une position plus splendide, celui-là, malgré toutes les misères de sa situation, supérieur par son influence intellectuelle. Ils veillent spécialement sur le maintien des limites des prérogatives princières. Partout ailleurs où une telle institution manquait, la puissance des princes, sous l'impulsion continue du « droit de la nature », devait forcément franchir toutes les bornes du droit individuel déterminé et en perdre la mesure. Ici, cette marche est retardée. Tant que la juridiction de l'Empire règne, le développement de notre droit s'arrête au système des prérogatives. Tandis qu'en France, depuis longtemps, le système se réduit à prêter à la doctrine de simples rubriques pour classifier les différents effets du pouvoir absolu du roi, chez nous ce système est encore très sérieusement en vigueur : la puissance publique conserve chez nous, jusqu'à une époque récente, la forme d'un assemblage de droits particuliers du prince.

Cela ne peut pas manquer de donner à toutes les

(6) *Pütter*, Beitræge I, p. 194.

Digitized by Google

relations de la puissance publique avec les sujets qu'elle rencontre dans son activité, leur caractère juridique général. *Le droit administratif de cette époque se construit sur le modèle du droit civil.*

II. — Le droit commun, pour l'application duquel les tribunaux de l'Empire sont constitués, apparaît à ces derniers sous la forme des droits individuels qui en découlent ; ces droits, le tribunal les protège dans leurs justes limites et les empêche aussi de franchir ces limites. Ces limites sont déterminées d'un côté par le titre d'acquisition du droit, de l'autre par la réaction des droits acquis par des tiers. C'est le système qui caractérise le droit civil ; il est appliqué aux prérogatives du prince.

1. — Le prince lui-même ne peut pas faire valoir une prétention contre le sujet, si elle n'est pas basée sur un droit positif qui lui appartient. Aux prérogatives acquises à des titres divers, le « droit naturel » ajoute ses principes généraux sur ce qui doit lui appartenir : il n'a qu'à étendre la main et il possède ces droits dans toute leur étendue (7). C'est également le « droit naturel » qui détermine cette étendue avec tendance à l'accroître de plus en plus.

A la tête de ce mouvement en avant, nous trouvons le *jus politiæ*, l'élément le plus récent et le plus fécond de la supériorité territoriale. Le prince a le devoir de procurer l'ordre public et le bien-être général ; par conséquent, il a le droit d'exercer sur les sujets la puissance nécessaire à ce but, le droit de *police*. C'est dire qu'on ne veut pas s'en tenir à ce qui est en usage ; il faut pourvoir à des choses nouvelles ; la

(7) *Lotz*, Nachrichten. p. 639 : « Le chef de l'Etat peut donc s'attribuer lui-même les prérogatives nécessaires ». Expression significative ! Dans le même sens : *Haeberlin*, Staatsrecht, II, p. 139. A côté de cela, la possibilité reste ouverte de restreindre ou d'élargir les prérogatives par des lois de l'Empire ; *Pütter*, Beitræge, I, p. 299.

Digitized by Google

police devient ainsi une source toujours abondante de nouvelles prétentions que le prince est autorisé à faire valoir et dont il détermine lui-même l'objet en vertu de son *jus politiæ*. Pour ce droit, il n'y a pas, en définitive, de limite que l'on puisse fixer (8).

Plus lentement avance le *jus sequelae*, le droit à des corvées, et surtout le droit d'imposer des contributions. Ici, les tribunaux aiment trouver dans l'exercice de ce droit certains ménagements, dans l'octroi de ce droit certaines conditions (9). Mais, en général, la tendance est d'établir les prérogatives en elles-mêmes, quant à leur existence et leur portée, à l'abri de toute contestation et de toute critique : on peut prétendre à tout ce que, de bonne foi, on peut juger nécessaire (10).

D'ailleurs, les tribunaux, avec une sévérité plus grande, veillent sur la limite qui existe pour tous les

(8) *Jungst*, Reichs-Abschied, § 106, recommande au *Reichskammergericht* de reconnaître comme valables, en matière de police, « les règlements raisonnables et compatibles avec les lois de l'Empire », que les Etats pourraient faire. On voulait donc encore réserver l'examen de la question de savoir si ces règlements étaient raisonnables ou non. Mais *Hommelius*, Rhapsod., vol. IV, obs. DII, se plaint : *Multiplicare solent collegia causas politiae ut liberiorem aliquid audendi potestatem adipiscantur*. On voit comment, dans cette marche en avant, le *jus politiae* est à la tête de toutes les autres prérogatives. Enfin *v. Cramer*, Wetzl. Nebenst., VII, p. 81, avoue : « ce qui peut être compté *ad politiam* dépend du *liberum arbitrium* qui appartient au *summe imperanti*, de sorte qu'aucun *subditus* ne peut prétendre à un *jus contradicendi* légitime ».

(9) *Philoparchus*, Der gute Beamte, I, tit. XXVIII, § 29, tit. XXXV, § 7 ; *Pütter*, Beiträge, I, p. 357, *v. Cramer*, Wetzl. Nebenst., VII, p. 85, IC, p. 93 ; C, p. 92. Ce dernier, *loc. cit.*, VI, p. 2, s'exprime encore avec une certaine réserve : « Si l'on veut établir un *jus territoriale arbitrarium*, alors il est dans l'*arbitrio* d'un prince d'introduire *noviter* le droit de détraction. Mais un *jus territoriale* de cette importance a été signalé dans un traité spécial de M. Freuer comme un *monstrum* ».

(10) Pour la manière dont on argumente, l'arrêt suivant que nous trouvons rapporté dans *v. Cramer*, Wetzl. Nebenst., XIII, pp. 1 ss., servira d'exemple : L'évêque de Spire veut construire à Bruchsal une maison de correction ; le propriétaire du terrain dont il veut se servir, l'assigne devant le *Reichskammergericht*. La demande est rejetée : il est « *principium* », qu'un prince puisse entreprendre tout ce qui sert au bien commun et au salut public ; des maisons de correction sont très utiles ; « donc il fallait reconnaître à M. le Prince le droit de choisir lui-même l'emplacement et d'y construire une maison de correction ».

Digitized by Google

droits : du meilleur droit on ne doit pas abuser ; l'abus d'un droit n'est plus un droit. Les prérogatives des princes sont spécialement surveillées à cet égard. Car les unes et les autres, d'après les idées du droit naturel, ne sont attribuées au prince qu'en vue du bien-être général ; le prince ne peut s'en servir que dans ce but ; sinon, il en abuse, il agit illégalement (11). De même, la manière dont le droit est exercé doit rester convenable et régulière ; elle ne doit pas dégénérer en rigueurs inutiles. Dans ces cas, le tribunal de l'Empire accorde une protection efficace même contre la prérogative (12).

2. — Les prérogatives du prince trouvent une autre limite dans les droits individuels des sujets. Les droits dont il s'agit sont ceux qu'on appelle *droits acquis*, *jura quaesita*. Ils s'opposent à ce qui appartient à l'individu originairement comme conséquence de la liberté générale ; ils se distinguent aussi des simples possibilités d'acquérir, que le droit commun lui ouvre ; il faut qu'un fait juridique déterminé ait produit son effet caractéristique en sa faveur : le *jus quæsitum* est le droit fondé sur un titre spécial (13).

(11) *Lotz*, Nachrichten, p. 145 : « tout acte contraire au bien commun de l'Etat est contre le but pour lequel l'administration de l'Etat a été confiée au souverain, par suite illicite et illégal », *v. Cramer*, Wetzl. Nebenst., I, pp. 88 ss.; *Pütter*, Beiträge, I p. 320, p. 354.

(12) *V. Cramer*, Wetzl. Nebenst., I, p. 90 : en matière de police aussi la règle s'impose, « le *modus est juris* » ; pour une application de ce principe, *v. loc. cit.*, p. 104 ; *v. Berg*, Pol. R., I, p. 161 ; l'évêque de Spire avait, par mesure de police, fait transporter un couple et celui-ci avait été assez maltraité. Il est condamné par le *Reichskammergericht* à des dommages-intérêts et à une amende pour avoir commis une « hœchst illegale Transportierung » ; son procédé est qualifié « d'abus inconvenant ». Autres exemples dans *Struben*, Rechtl. Bed., V, (J. S.), pp. 56 ss. (exécution, sans observation des formes, d'une amende fiscale), *Pfiefler*, Proct. Ausf., III, p. 425 (une interdiction de séjour, prononcée par le gouvernement Hanovrien, est annulée pour absence de motifs).

(13) *Pütter*, Inst., § 119 : « *non infringere liceat jus quaesitum i. e. nifallor, quod speciali titulo acquiritur, non ex sola libertate naturali obtinet* ». Voir aussi *Struben*, Rechtl. Bed., V, (J. S.), pp. 93 et 94 ; *Wippermann*, Beitr. z. St. R., § 8.

Aujourd'hui, on traite des droits acquis lorsque l'on s'occupe de l'effet des lois dans le temps; leur portée est réduite par une présomption : dans le doute, la loi doit être interprêtée en ce sens qu'elle n'a pas voulu toucher à des droits acquis (14).

A l'époque des droits de supériorité du prince, les droits acquis ont une signification tout autrement importante ; c'est une barrière véritable qui s'oppose à la puissance publique, quelle que soit la forme sous laquelle elle puisse paraître, législation, justice ou administration ; même dans l'exercice de ses prérogatives, le prince ne doit enlever à personne son droit acquis (15). Cette maxime s'explique d'abord de la manière la plus simple par le caractère de droit privé que revètent les prérogatives. Contre l'obligation civile de payer, le débiteur peut acquérir un *pactum de non patendo* ; contre la propriété, le voisin peut acquérir un droit de servitude qui vient la restreindre. De même, par l'effet des droits acquis qui appartiennent aux individus, l'étendue extérieure des prérogatives est atteinte. De même que les prérogatives peuvent être acquises et accrues par des titres spéciaux, concession impériale, convention, prescription, de même, il est logique qu'elles puissent être

(14) R. G. 17 février 1883 (Collect., IX, p. 235).

(15) *Pütter*, Beitr., I, p. 317, traite d'abord de la puissance territoriale en tant que soumise à la condition qu'elle n'existe que pour le bien être commun (voir ci-dessus note 11), et puis p. 351 : « de sa destination de laisser à chacun le droit acquis qui lui appartient ». — Le droit acquis est une barrière pour la législation du prince aussi bien que pour ses actes individuels ; la législation n'est pas, comme aujourd'hui, une manifestation spécialement caractérisée de la volonté souveraine; c'est l'exercice d'une prérogative comme les autres. De là cette conséquence. On la tire du reste expressément : *Moser*, Landeshoh. in Reg. S., p. 307 ; *Leist*. St. R. p. 290; *Struben*, Rechtl. Bed., V, (J. S.), pp. 37 ss. Chez *Goenner*, St. R., p. 471, note 5, nous voyons, il est vrai, apparaître une distinction : « Ce n'est pas contre des règles générales (lois), mais seulement contre des commandements spéciaux, que les individus intéressés prétendent à un *jus quoesitum* ». Ceci est écrit en 1808. Ce n'est pas encore la loi dans le sens du droit public moderne, mais il y a déjà quelque chose qui y ressemble.

Digitized by Google

réduites au profit de droits contraires. Contre le droit de nomination du prince apparaît le droit de présentation d'une corporation ou d'un individu ; contre son droit d'imposer des contributions apparaît un droit d'immunité. En un mot, toute la variété des *privilegia* et des *immunitates* apparaît ici, formant des *jura quæsita* en vertu du titre spécial de la convention, de la prescription, de la concession impériale ; tout cela obtient la protection des tribunaux de l'Empire contre les prérogatives que les privilèges restreignent (16).

Mais le modèle, que le droit civil poursuit dans le droit contraire, ne suffit pas pour expliquer toute la portée des droits acquis. Depuis que, pour les prérogatives elles-mêmes, la théorie du « droit de la nature » avait effacé le souvenir des titres d'acquisition spéciaux, on ne pouvait conserver l'argumentation correspondante par laquelle on expliquait la force de résistance des droits acquis. En outre, comme droits acquis auquel le prince ne doit pas toucher, on ne comprend pas seulement ceux qui ont été acquis contre lui ; tous les droits acquis, sans distinction, ont la même valeur : les prérogatives ne doivent jamais être exercées de manière à enlever à l'individu son droit acquis contre n'importe qui. La propriété et les droits de créance fondés sur le droit commun, les droits de maîtrise acquis selon l'organisation existante des arts et métiers, les droits de membre dans une corporation quelconque peuvent être constatés judiciairement et déniés comme mal fondés et frappés de déchéance ; ils ne peuvent pas être enlevés purement et simplement par l'exercice d'une préroga-

(16) *Struben*, Rechtl. Bed. V (J. S.), p. 128, 272 ; *Leist*, St. R., § 155. La même idée fait encore une apparition bien tardive dans le « specielle Rechtstitel » (titre spécial) de la loi prussienne du 11 mai 1842, § 2 ; *Oppenhoff*, Ressort. Verh., p. 350, n° 68.

Digitized by Google

tive quelconque, pas même de la plus étendue, du *jus politiæ* (17). Just the other way with us. We employ the police power to take property from owner without compensation

Il faut constater ici une restriction qui est propre aux droits de supériorité. Le simple particulier, lui non plus, ne doit pas empiéter sur les droits acquis d'un autre particulier; il n'a pas le droit de lui nuire ; il doit donc obéir à la maxime : *neminem læde*. Dans le cas cependant où, en vertu d'un titre quelconque, un droit lui appartiendrait, dont l'exercice aurait pour conséquence de détruire le droit d'autrui, ce droit acquis lui-même ne formerait pas un obstacle : *qui jure suo utitur neminem lædit*. S'il en est autrement des prérogatives, cela s'explique par le caractère général de la situation du prince auquel elles appartiennent. Elles ne lui appartiennent que pour le bien public ; mais à cet égard, le prince est, en première ligne, le gardien du droit commun du pays ; il est chargé, en sa qualité de grand justicier, de protéger et de maintenir les droits de ses sujets partout où il les rencontre. Cette fonction judiciaire l'emporte tellement dans sa situation publique, qu'aucun des autres droits que cette position lui donne ne doit amener la destruction d'un objet dont elle lui impose le soin (18).

(17) *Struben*, Rechtl. Bed. V, (J. S.), p. 272, ne semble reconnaître comme barrière aux prérogatives que le droit qui a été acquis directement contre le prince lui-même, spécialement le droit qui résulte d'une convention passée avec lui. Mais, d'après l'opinion généralement adoptée, tout droit acquis contre n'importe qui doit suffire : v. *Berg*, Pol. R. I, p. 166 ; *Pütter*, Beitr. I, n° 20 ; *Haeberlin*, St. R., II. p. 489 ; *Leist*. St. R., § 86 ; *v. Kreitmayr*, St. R., § 32, § 35 *in fine* ; *Neurath, De cognitione et potestate judiciaria in causis quoe politiae nomine veniunt*, § 4.

(18) On a l'habitude de ne pas donner de motifs expliquant pourquoi ces droits acquis doivent être inviolables vis-à-vis des prérogatives. A toutes les époques, ce sont justement les maximes fondamentales du droit public en vigueur, qui se présentent sous la forme d'axiomes. C'est le cas de dire « *fas est* », (*Prütter*, Inst., § 119). Le même *Pütter*, dans Beitr., I, p. 362, se prononce déjà cependant dans le sens de l'explication que nous venons de donner, quand il recommande

Digitized by Google

3. — A l'encontre des restrictions des prérogatives que nous venons d'énumérer s'élève maintenant un droit de supériorité spécial, qui, appelé à battre en brèche ces restrictions même, forme la clef de voûte de tout le système.

Les droits acquis des individus ne sont une barrière pour les prérogatives que dans le courant ordinaire des choses (19). Par exception, ils ne lient pas l'intérêt public — la raison d'Etat. — Il faut, pour cela, qu'il y ait *collision*, c'est-à-dire qu'il soit nécessaire, pour atteindre le but de l'Etat, de passer outre à un droit acquis. Alors, la propriété peut être enlevée, le privilège annulé, la convention méconnue. Ce pouvoir extraordinaire prend de nouveau la forme d'une prérogative spéciale du prince, qui vient compléter toutes les autres ; elle est appelée *jus eminens*, droit suprême de la puissance publique, *potestas*, *imperium* ou *dominium eminens*, plénitude de puissance (20). V. II Kruls Com. 339 & n. citing Grotius Puffendorf &c

III. — Les tribunaux de l'Empire sont placés au-

aux souverains et autorités comme « règle d'or », que « même la puissance suprême n'est pas en droit d'enlever à quelqu'un sa propriété ou son droit acquis, attendu que la conservation et la sûreté sont l'un des premiers mobiles qui ont amené les hommes à quitter la liberté naturelle et à entrer dans des sociétés civiles ».

(19) *Ordinarie*, comme dit *Pütter* (Inst. § 119).

(20) *Klüber*, Oeff. R., § 552 : « Cette triste chose qu'on appelle un droit ». Nous faisons aujourd'hui absolument les mêmes choses en vertu des lois qui les prévoient comme régulières.— Un conflit a déjà lieu quand la *publica utilitas* est en question : *Hugo Grotius*, J. B. et P., III, cap. XX, § 7 ; *Pütter*, Beitr., I, p. 358. Si ce dernier, *loc. cit.*, p. 356, considère même l'imposition de contributions comme un empiètement sur les *jura quaesita* justifié par le *dominium eminens*, le formalisme de sa classification systématique en est seul la cause ; dans ces matières, Pütter est impitoyable. — Dans le cas dont nous avons parlé note 10 ci-dessus, on commence par faire reposer une expropriation sur le *jus politiae* ordinaire, pour invoquer ensuite expressément encore le *jus eminens* ; c'est qu'il s'agit ici d'enlever, dans un intérêt de police, un *jus quaesitum*. On insiste sur le *jus eminens*, parce que celui-ci a pour conséquence de donner lieu à une indemnité au profit du propriétaire dépouillé ; *Pütter*, Beitr, I, p. 357 explique cette particularité pour la *lex Rhodia de jactu*.

* Exactly the difference with us between the exercise of the police power (jus politiae) & that of the right of eminent domain (jus eminens. Dominium eminens)

Digitized by Google

dessus des détenteurs de la puissance territoriale à un double point de vue.

1) Pour contrôler la justice, qu'ils administrent ou font administrer en leur nom, sur la requête des intéressés et par la voie ordinaire de l'appellation.

La procédure, d'après le droit commun allemand, telle qu'elle était en usage près du *Reichskammergericht*, se divisait en deux phases. La procédure proprement dite, la « Judizialprozess », commence seulement avec les débats des parties devant le tribunal. Tout ce qui se fait avant et à côté, en propositions unilatérales des parties et ordres du juge, se nomme *Extrajudizialprozess*. Contre les jugements rendus dans la procédure de la première espèce, il y a lieu à l'appellation proprement dite ; contre les ordres de la seconde espèce, il y a un moyen analogue l'*Extrajudizialappellation*, le recours judiciaire (*Gerichtliche Beschwerde*) comme nous dirions aujourd'hui (21).

Les deux sortes d'appellation subissent des restrictions par suite des *privilegia de non appellando* qui, peu à peu, ont été octroyés aux différents Etats de l'Empire dans une mesure très différente.

2) D'un autre côté, les tribunaux de l'Empire sont investis, vis-à-vis des princes, de la compétence ordinaire pour toutes les demandes qui pourraient être intentées contre eux par l'Empereur, par les Etats ou par d'autres personnes, en particulier, par leurs propres sujets.

La simple demande, dans la procédure ordinaire, *simplex querela*, est d'habitude tellement traînée en longueur, qu'elle n'aboutit pas facilement à un résultat. S'il y a la moindre possibilité, la demande contre le prince est introduite par la voie de la procédure sommaire. Le procès par mandat (*Mandatsprozess*)

(21) *V. Cramer*, Wetzl. Nebenst., VII, p. 86, *Haeberlin*, St. R., II, p. 341 ; *Bayer*, Gem. civ. Pr., II, § 309 B.

Digitized by Google

devient la forme régulière. On commence par provoquer un *mandatum prohibitorium*, *inhibitorium* ou *restitutorium* — *ob factum nullo jure justificabile* ou *ob damnum irreparabile*. A ces demandes contre le prince, il y a également des restrictions : c'est l'institution des *Austräge*, sorte d'arbitrage légal devant lequel la cause doit être portée d'abord, pour n'arriver devant les tribunaux de l'Empire qu'en seconde instance. Cependant, ces *Austräge* n'existaient pas partout, on y renonçait facilement ; en tous cas, on cherchait à les éluder par tous les moyens (22).

Toute la juridiction que les tribunaux de l'Empire ont à exercer sur les princes rentre dans ces deux classes. Cette classification ne distingue pas suivant qu'une prérogative est en jeu ou qu'il s'agit d'un autre droit, tel qu'un simple particulier peut l'avoir. Elle détermine elle-même le critérium pour tracer la ligne séparative entre les deux procédures.

On s'attache à la forme dans laquelle le prince a agi ; s'il a fait ou fait faire un acte de juridiction, alors c'est l'appellation qui intervient : dans tous les autres cas, il faut attaquer le prince par la voie de la demande.

Ainsi, les fonctions des tribunaux de l'Empire en matière administrative, comme nous disons aujourd'hui, sont de deux sortes :

1) Si l'autorité prend une décision pour appliquer au cas particulier l'ordre existant ou pour statuer sur l'existence et la valeur d'un droit individuel, alors elle fait fonction de juge et il y a lieu à l'appellation, sans distinguer si le prince y est intéressé pour son propre compte ou non (23). C'est l'*appellation* propre-

(22) *Moser*, Teutsch. Just.-Verfassung I, chap. III. § 78; *v. Kreittmayr*, St. R., § 84.

(23) *V. Cramer*, *Systema processus imperii*, § 1046 ; le même, Wetzl. Nebenst., I. p. 119, III. p. 1, VII, p. 84, p. 94 ; XXXV, p. 143 ; *Schnaubert*, Anfangsgründe des St. R., p. 130 ; *Haeberlin*, St. R., p. 457, note 4.

ment dite, quand la décision a été rendue entre des parties opposées ; c'est l'*Extrajudizialappellation*, quand il a été procédé sur la requête d'un intéressé ou même d'office. Naturellement, dans la sphère que nous appelons aujourd'hui administration, ce dernier cas formait la règle. On essayait d'étendre l'*Extrajudizialappellation* même dans des cas où il s'agissait, de la part de l'autorité, de l'emploi de la force ou d'une disposition nouvelle. Cela avait l'avantage d'éviter les *Austräge*. Mais la législation de l'Empire insiste sur le principe que l'*Extrajudizialappellation* n'est recevable que dans le cas où l'autorité a agi *tanquam judex* ; a-t-elle agi *tanquam pars* et non de manière judiciaire, alors il faut prendre la simple demande, par conséquent, aller d'abord devant les *Austräge* (24).

2) Tandis que l'*appellation* fait, dans une certaine mesure, concourir le tribunal de l'Empire à l'exercice des droits de supériorité, la *demande* tend à une haute surveillance des droits réciproques du prince et de ses sujets. Elle ne suppose pas qu'on se soit servi de prérogatives dans une certaine forme ni même qu'il s'agisse de prérogatives. Le prince, en général, se présente ici devant les tribunaux comme une partie privée. Seules, les *Austräge*, dont nous avons parlé plus haut, y apportaient une exception.

Les lois de l'Empire, visant des abus de cette procédure même, recommandent aux tribunaux de

(24) Ainsi Reichsabschied de 1594, §§ 94 et 95. Reichskammergerichts Ordnung, II, tit. XXXI, §§ 16 et 18, Reichshaforts-Ordnung de 1654, tit. II, § 2. *Gneist*, Rechtsstaat semble confondre l'*Extrajudizialappellation* et la *querela*. *Loening*, V. R., p. 773, est d'avis que, par le décret de 1594, l'*Extrajudizialappellation* a été complètement abolie pour les « actes extra judiciaires » de l'autorité, en sorte que les sujets qui voulaient se plaindre d'une lésion causée à leurs droits n'avaient que la voie de la demande ordinaire. Mais le Reichsabschied n'abolit rien. Il rappelle seulement ce qui était déjà de droit. L'*Extrajudizialappellation*, comme on le voit chez Cramer, est restée en usage sans aucune contestation.

l'Empire de ne pas admettre facilement l'ouverture d'une instance contre le prince, et, en tous cas, de chercher au préalable les informations de l'autorité ; les mandats que le tribunal aurait émis sans avoir observé cette formalité, doivent être tenus pour nuls et sans effet, à tel point que les Etats puissent *denen mandatis impune nicht parieren* (25). Ici encore, il n'y a pas de distinction à faire entre les différentes espèces de droits qui peuvent appartenir au prince.

Il y a cependant un point sur lequel les prérogatives diffèrent sensiblement des autres droits : c'est que, pour elles, il est admis qu'on peut se faire justice à soi-même. Les tribunaux de l'Empire, comme on le sait, ont été institués en première ligne pour maintenir la paix publique et réprimer les excès du recours au droit du plus fort. Ils ont conservé de cette origine, une tendance à manifester une sévérité excessive dans les cas où ils croient rencontrer des traces de ce recours au droit du plus fort. La *Via facti* est absolument défendue à tous les sujets, aux Etats entre eux, enfin au prince lui-même vis-à-vis de ses sujets, dans le cas tout au moins où *fiscus agiret*, c'est-à-dire quand il s'agit d'affaires privées. Mais il lui est permis « de se maintenir dans la supériorité territoriale. » Si le prince se trouve en possession de l'exercice d'une prérogative, il peut, de sa propre autorité et nonobstant toute contestation, poursuivre son droit par des voies de fait. Il n'a pas à tenir compte ici des mandats et *inhibitoria*. Il ne reste au sujet qu'à se porter demandeur (26).

(25) R. A. 1594 § 79 ; R. A. 1654, § 105 : Wahlkapitulation Jos. II. art. 19, §§ 6 et 7 ; *Moser*, Tertusche Justizverfassung, I, pp. 1090 ss. Ce dernier signale un mémoire (de 1750), dans lequel un Etat cherche à exposer que le Kammergericht n'est pas compétent pour statuer sur des régales et sur leur exercice légitime : c'est le droit futur qui s'annonce ici.

(26) *Cramer*, Wetzl. Nebenst., II, p. 122, 133, 150 ; *Moser*, Wahlkapitulation Jos. II, t. II. p. 163 note 2, p. 165 note 1. Le prince ne se présente donc pas facilement comme demandeur devant le

Digitized by Google

Que l'exécution administrative et la répression de la police soient considérées comme des actes par lesquels le prince se fait justice à lui-même en poursuivant ses prérogatives, ce sont là des faits qui entrent tout à fait dans le cadre des idées du droit civil ; cependant, le fait d'admettre la légalité d'un pareil procédé équivaut déjà à une sorte de reconnaissance de la nature spéciale de ces droits.

Ainsi, le tribunal de l'Empire, par sa juridiction, tantôt en concours, tantôt en prêtant sa surveillance, a dominé l'activité toute entière de la puissance territoriale employée à poursuivre le but de l'Etat. Une idée qui aujourd'hui encore se manifeste quelquefois, a été une vérité pour cette époque du développement du droit : le droit et la justice sont placés au-dessus de la puissance publique.

Ce pouvoir, il est vrai, était loin d'être parfait. De bonne heure, la puissance territoriale avait commencé à l'ébranler. Elle se procurait exemptions sur exemptions ; c'étaient surtout les territoires les plus importants qui arrivaient à exclure entièrement, par des *privilegia de non appellando*, la première partie de l'influence des tribunaux de l'Empire. De plus, par des chicanes illégales et des actes de violence, on s'efforça de fermer la voie de l'appellation et de la demande devant ces tribunaux (27). Surtout, l'exécution des jugements est une chose bien délicate, quand

tribunal de l'Empire. Il n'en a pas besoin. Par exception, quelquefois un prince moins puissant cherche la protection du tribunal contre ses sujets récalcitrants. Il s'agit surtout du *mandatum de manutenendo* pour lui donner plus de force dans la défense de ses droits grâce à la commission qui est donnée à un voisin plus puissant de lui venir en aide ; *Pütter*, Beitr., I, 18, §§ 2 et 3. Mais en dehors de ce cas, il y a aussi des demandes reconventionnelles qui se produisent souvent. On en trouve des exemples dans *Cramer*, dans les procès sans fin du Comte de Grichingen, avec ses paysans ; Wetzl. Nebenst., II C. pp. 129 ss.; IC, p. 93 ; IC, p. 99 ; IC, p. 104 ; C, p. 67 ; CI, p. 92.

(27) *Moser*, Teutsche Just. Verfassung, I, p. 556 ss., donne une longue liste des excès commis.

il s'agit d'un potentat ayant une certaine puissance. En effet, la voie du procès n'est praticable jusqu'au bout que contre les petits (28). Malgré tout, le principe tout au moins était sauf, dès que l'on pouvait obtenir une déclaration solennelle qu'une injustice avait été commise et si, çà et là, on réussissait à donner un exemple. Vers le commencement du XIXe siècle encore, époque de complète décadence, nos juristes n'estimaient pas sans valeur cette institution ; ils vantaient son heureuse influence sur la conscience publique en matière de droit et sur le sentiment de liberté civique (29).

L'ordre légal, qui est ainsi conservé et maintenu, se retire vers la fin, de plus en plus, sur les petits territoires ; il emprunte toute sa force à la juridiction subsistante des tribunaux de l'Empire. A mesure que celle-ci disparaît, commence, pour le droit administratif et pour la manière d'envisager les relations entre l'Etat administrateur et le sujet, une nouvelle époque.

(28) *Moser*, *loc. cit.*, II, chap. 54, § 28, traite de cette question sous le titre : « exécutions difficiles. »

(29) *Schloezer*, All. St. R. (1793), sect. III, § 8 *in fine*. « Heureuse Allemagne, le seul pays du monde, où l'on puisse tenir tête à un souverain, sauf sa dignité, devant un tribunal étranger, et non pas devant le sien ». Et rapportant une boutade, qui alors avait cours, *Haeberlin*. St. R., II, p. 647, s'écrie : « Heureusement que nous pouvons en Allemagne faire des procès de révolution ». C'est, d'après lui, une soupape qui nous protège contre les explosions.

§ 4

L'Etat sous le régime de la police (der Polizeistaat)

Si, longtemps déjà avant l'écroulement complet de la juridiction de l'Empire, partout la puissance publique cherche à déborder les digues que la vieille législation lui opposait, c'était sous la pression d'idées nouvelles puissantes, de nouvelles tâches qu'elle assumait. La police, qui imprime à l'ensemble sa marque, devient l'instrument systématique pour façonner la masse humaine qui forme son objet, et pour la conduire vers un but élevé. Le but, c'est la force et la grandeur de la chose publique (1).

L'idée de l'Etat apparaît au premier plan. Ce n'est pas pour soi-même ni en vertu d'une prérogative qui lui appartient, que le prince prétend à tout cela ; c'est au nom de la personne idéale dont il est le représentant (2). Mais, dans la distinction de l'ancien ordre de choses, nous voyons déjà naître des formations nouvelles qui préparent le droit du temps présent.

(1) *Christian V. Wolff* (1679-1754) est réputé être le « philosophe officiel d'Etat » de Frédéric-le-Grand. Ses œuvres qui nous intéressent ici : Jus naturæ (9 vol. 1740-1748) et : Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts (4e éd. 1736), avec leur esprit si doucereux, restent assez loin du caractère de l'Etat prussien. Le véritable prophète de la nouvelle administration, c'est *Justi*, Grundsätze der Polizeiwissenschaft, 1756 ; déjà, dans la préface, il insiste sur une opposition énergique contre les sentimentalités de Wolff.

(2) Dans ce sens, les deux maximes célèbres : « L'Etat c'est moi » (Louis XIV) et « le roi est le premier serviteur de l'Etat » (Frédéric-le-Grand), sont de valeur égale.

I. — La puissance publique, devenue sans bornes, est exercée par le prince en personne et, au-dessous de lui, en son nom et au nom de l'Etat en même temps, par des fonctionnaires de toutes sortes. Le pouvoir respectif de chacun d'eux se détermine comme suit.

1) C'est au prince qu'appartient en propre la tâche immense de poursuivre le but de l'Etat. Si la nature humaine le permettait, seul il ferait tout. Ainsi, il reste tout au moins le principe qu'aucun objet de l'administration publique n'est exclu de son activité immédiate. Des affaires plus importantes lui sont réservées ; il s'empare des moins importantes à mesure qu'elles frappent son attention (3).

Vis-à-vis des sujets, son pouvoir n'a pas de limites de droit ; ce qu'il veut est obligatoire. Des prérogatives, il n'en existe que le nom. Il n'est plus question d'abus, ni de *jura quæsita* formant une barrière. La responsabilité devant Dieu et devant sa conscience d'une part, la considération prudente de ce qui est útile et faisable d'autre part, voilà tout ce que le prince respecte : peut-être aussi, la force de ce qui est en usage joue un rôle important, quoiqu'on n'aime pas à l'avouer. Le droit n'a rien à y voir (4).

(3) On sait, avec quel vif intérêt Frédéric-le-Grand a pris part à l'administration de la police de sa ville de résidence, Potsdam. *Preuss*, Urkundenbuch zur Lebensgeschichte Friedrichs des Grossen, donne une collection d'ordres de cabinet de ce genre, qui, justement par la futilité de leurs objets dont le choix est dirigé par le hasard, et par l'absence de principes existants, sont des monuments de l'histoire du droit. Nous trouvons par exemple, vol. IV, p. 271 : « S. M. a appris avec déplaisir que l'aubergiste Ploeger conduit depuis quelque temps avec ses gens un ménage bien mauvais et déréglé »; la mairie (magistrat) doit « immédiatement lui tirer l'oreille » et lui faire savoir, que s'il ne s'amende pas immédiatement, « S. M. enverra le Ploeger avec ses gens à Spandau (la forteresse) et abandonnera sa maison à son créancier ». Voir aussi les ordres *loc. cit.*, p. 276 (badigeonnage d'une maison), p. 303 (exposition desapprouvée), pp. 273, 277, 296, 297 (questions de maîtrises).

(4) Ainsi *Perthes*, Deutsch. Staatsleben vor der Revol. pp. 227 ss. ; specialement p. 238. *Zimmermann*, Deutsch. Pol. im 19 Ihrh. I, p. 197 montre très bien comment, avec la cessation de l'autorité impériale,

2) Quant aux fonctionnaires, leur rôle dans les affaires publiques est déterminé par le prince. Dans l'intérêt du but de l'Etat, on donne à leurs devoirs et à leur compétence, la plus grande étendue possible ; surtout les centres de l'administration, les conseils de police (*Kollegiale Polizeibehörden*) sont appelés à faire tout ce qui, par eux et dans leur circonscription, peut être fait pour les intérêts publics et n'est pas réservé à une autre autorité. Ils sont, de leur côté, soumis à une discipline et à une surveillance sévères de leurs supérieurs et surtout du souverain administrateur, du prince en personne. Par des instructions minutieusement détaillées, leur service est réglé dans toutes ses parties. A chaque instant, un ordre spécial peut les surpendre, pour leur enjoindre quelque acte extraordinaire.

Leurs décisions ne sont pas seulement réformées ou

les limites des prérogatives disparaissent ; les actes royaux de cette époque, avec leur absence complète de formes sont aujourd'hui encore quelquefois un embarras pour la justice qui doit se rendre compte de leur caractère juridique. Le Tribunal des Conflits prussien, le 8 août 1854, a eu à statuer dans le cas suivant : Une communauté d'église revendique contre le fisc la propriété d'un immeuble qui appartenait à un ancien cimetière et sur lequel en 1763 une caserne avait été construite. Comment cela était-il arrivé ? Un architecte royal supérieur avait alors écrit au conseil presbytérial qu'il avait l'ordre de S. M. le roi, de construire là une caserne pour l'artillerie de sa très-haute Majesté. Et la construction avait été faite. Le tribunal se résout à admettre que cela avait été une expropriation. L'Obertribunal prussien, le 7 juillet 1868 (Str. 71, p. 295) a eu à s'occuper d'un ordre de cabinet d'une époque plus récente, mais qui n'est pas moins difficile à apprécier. On peut rappeler à cette occasion la belle histoire du meunier de Sans-souci, histoire dont les ruines du moulin conservent le souvenir et qui a donné lieu à la maxime si souvent répétée par nos voisins : « Il y a des juges à Berlin ». Malheureusement c'est une histoire impossible : il ne s'agissait pas d'une indemnité, bien entendu, puisque le roi, ainsi qu'on le raconte, voulait payer richement ; mais ce que le meunier ne pouvait pas croire, c'est qu'il y aurait un tribunal pour défendre au roi de lui enlever son moulin. On a du reste constaté, par les archives de l'ancienne Chambre royale de Postdam, que la vérité est en sens contraire : le roi a payé au meunier qui se montra très exigeant, des subventions réitérées, pour qu'il restât et fit marcher son moulin, parce que cela semblait lui donner un bel « aspect » (Märkische Forschungen, t. VI, pp. 165 ss.).

Digitized by Google

annulées par la voie hiérarchique ordinaire ; très souvent elles le sont directement par le prince ; ou bien le prince s'empare de telle ou telle affaire, met purement et simplement les fonctionnaires de côté et statue à leur place comme bon lui semble (5).

Mais au dehors, vis-à-vis du sujet, les fonctionnaires représentent le prince et par lui l'Etat ; ils exercent, dans toute l'étendue de leur fonction, un pouvoir illimité. Au fonctionnaire de l'ancien Etat l'on pouvait opposer les limites des droits de supériorité de son maître ; il n'y faut plus songer maintenant. De même que le prince, pour l'universalité des tâches de l'Etat, peut tout ce qui est nécessaire à leur accomplissement, de même le fonctionnaire, pour sa part, — et cette part est régulièrement déterminée d'une manière générale et étendue —, le fonctionnaire, dis-je, en réalité, est, vis-à-vis du sujet, comme une espèce de prince : le sujet n'a qu'à obéir purement et simplement à tout ce qu'il ordonne (6). Il n'y a qu'une seule différence : c'est que, contre ses décisions, il y a un recours devant un seigneur plus haut placé, qui, lorsqu'il est invoqué, peut faire de son côté ce qu'il veut.

3) Dans cette organisation de la puissance publique

(5) *Grävell*, Antiplatonischer Staat, 1808, pp. 196, 197. Comment les ordres directs du prince passent par dessus toutes les compétences, voir ci-dessus note 3. Vers la fin de cette période, ces actes directs deviennent plus rares ; la classe des fonctionnaires y voit des immixtions « dans les affaires dont la gestion leur appartient, ce qui, d'après eux, doit être en même temps une espèce de droit des sujets ». *Zimmermann*, Deutsch. Pol. 1, p. 142.

(6) Ainsi *Roller* Württemb. Pol. R. 1800, préface, p. V : « Un pareil fonctionnaire peut être considéré comme un petit régent dans sa circonscription ». De même, *Schmoller*, dans Zeitschrift für Preuss. Gesch. 1874, p. 564 : « les conseillers de finances (*Steuerräte*) étaient en petit ce que le roi était en grand ». Sur la généralité des commissions : V. *Kreittmayr*, Anm. z. Cod. Max. V, p. 1731 ; *Leist*, St. R. § 101 (la formule est la même que celle qui détermine l'étendue de la puissance suprême : il faut qu'ils soient autorisés à tout ce dont ils peuvent avoir besoin pour l'accomplissement des devoirs de leur fonction ; cf. ci-dessus p. 30) ; de même, *Goenner*, Staatsdienst p. 219 : *Pfeiffer*, Pract. Ausf. III, pp. 304, 306.

apparaît un élément d'un caractère tout particulier, à partir du moment où le principe de l'*indépendance des tribunaux* a été reconnu.

Le prince avait depuis longtemps exercé le pouvoir judiciaire suprême dans son territoire, jugeant lui-même ou faisant juger par ses conseillers, surveillant les tribunaux du pays et évoquant parfois les causes qui l'intéressaient pour statuer directement. Que le prince pût s'immiscer ainsi dans l'administration de la justice, c'était une chose conforme au régime de la police qui dominait à cette époque. La justice civile et criminelle, il est vrai, était ordinairement confiée à des tribunaux institués dans ce but. Mais le prince peut à tout moment mettre fin à un procès civil ou criminel par un acte de souveraineté (Machtspruch). Il dicte alors lui-même ce qui doit être de droit dans le cas spécial ; ou bien il ordonne au tribunal de rendre tel jugement.

Mais, à la suite d'un usage abusif de ce moyen, dans l'Etat prépondérant, en Prusse, sous le règne de Frédéric le Grand, un revirement s'est opéré en sens contraire. On reconnut que l'intérêt supérieur du bien public, qui pouvait exiger dans toutes les autres branches l'intervention infatigable du prince en personne, défendait justement pour cette branche spéciale une semblable intervention, au moins en ce qui concerne les cas individuels. Un acte de souveraineté dans l'une ou l'autre forme fut considéré dorénavant comme inadmissible. Le roi ne s'y croit plus autorisé. Ainsi, la justice civile et criminelle obtient une situation particulière et toute différente de celle faite à l'administration ; les autorités judiciaires deviennent, dans l'organisation de l'Etat, le centre d'un pouvoir propre et indépendant ; elles deviennent assez fortes pour réaliser dans une certaine mesure, même vis-à-vis

Digitized by Google

du pouvoir public ailleurs illimité, le droit et ce qu'il commande (7).

II. — La question est donc la suivante : que devient, dans ces conditions, le droit administratif à l'époque du régime de la police ? Qu'il puisse y avoir, entre l'Etat et le sujet, un droit public même après la disparition du système des prérogatives, c'est ce que la justice prouve dans le procès civil et criminel. C'est à cette époque même que, profitant du principe de l'indépendance des tribunaux, les formes juridiques s'accentuent de jour en jour. Mais où est alors le droit public propre à l'administration (Cf. § 2, III, ci-dessus) ?

Nous voyons, en effet, que, dans l'administration elle-même, certaines règles sont observées, règles semblables à celles suivies par la police, et qui servent à diriger l'action de l'administration vers son but et à lui assurer son succès. D'ailleurs, cela ne veut pas dire qu elles interviennent *dans la manière du droit*. Au contraire, nous voyons ici, entre la justice et l'administration, un contraste profond.

Dans la conception primitive, tout acte qui émane des autorités a la forme d'un *ordre* ; plus tard, on apprend à distinguer. Ici nous n'avons qu'à nous occuper de l'idée générale de l'ordre. Cet ordre peut devenir une source du droit, quand il se présente sous la forme d'une règle générale et obligatoire. Il s'adresse alors soit directement aux sujets, soit aux fonctionnaires. Il faut distinguer ces deux cas.

1) Le droit de faire des lois est reconnu depuis longtemps comme une prérogative des princes ; les savants le rangent parmi les droits de supériorité dits formels ou généraux. Comme tel, ce droit avait les

(7) Comment est-on arrivé à supprimer les actes de souveraineté ? *Stoelzel* en donne une excellente exposition dans Fünfzehn Vortræge aus d. Brandenb. Preuss. Rechts-und Staatsgeschichte, pp. 157 ss.

Digitized by Google

limites ordinaires qui ont disparu maintenant : le prince, qui peut tout commander, peut le faire dans la forme d'une règle générale. Le caractère de l'acte reste le même : la loi est un ordre général, qui ordonne ou défend aux sujets ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire. On ne peut commander qu'en déclarant sa volonté à celui qui doit obéir. Ici la forme naturelle de cette déclaration est la publication. La loi est donc un ordre général qui s'adresse aux sujets et qui est publié (8).

Ces lois, le prince peut les faire aussi bien pour le ressort de la justice que pour celui de l'administration. Mais on s'aperçoit maintenant que la portée en est essentiellement différente dans un cas et dans l'autre. Désormais, en effet, les barrières extérieures des droits du prince étant tombées, d'autres barrières gagnent en importance et l'influence particulière des tribunaux se fait sentir d'autant plus.

Quand le prince ordonne une *règle de droit civil*, il touche à une matière qui, pour le reste, est soustraite à son influence directe. La justice n'obéit qu'à ceux de ses ordres, qui ont le caractère de loi ; autrefois, le prince avait encore le moyen extraordinaire d'un acte de souveraineté pour imposer à la justice sa volonté sous une autre forme ; cela n'est plus possible. Dès lors, la loi une fois émise est inviolable pour l'activité entière de la puissance publique : son application ne dépend plus que du juge ; le juge est forcé de l'appliquer et le prince ne peut pas l'en dispenser.

(8) *Moser*, Landeshoheit in Reg. S. p. 303 : « Les lois sont des commandements du prince, ordres ou défenses, obligatoires pour tous les sujets ou tout au moins pour un groupe de sujets ». C'est la définition constante donnée jusqu'aux temps modernes : *Bodinus*, de republ. ed. VII, p. 466 ; *Christ. Wolff*, *Jus naturæ*, VIII, § 965 ; *Pütter*, Inst. jur. publ. § 221 ; *Dankelmann*, dans ses remarques contre la codification du droit civil prussien chez *Stölzel*. Suarez p. 378 ; enfin *Häberlin*, Staatsrecht, II, § 221 l'expose encore une fois tout au long.

Rien n'empêche d'ailleurs le prince, par une nouvelle loi, de faire un changement pour l'avenir.

Tout autre est la *loi de police*. Elle ordonne ce que le prince aurait aussi le droit de prescrire pour un cas individuel ; c'est simplement par raison d'utilité que l'on comprend ainsi la masse des cas semblables dans un même acte. La loi de police ne lie les fonctionnaires que vis-à-vis du prince dont ils sont obligés d'exécuter les ordres. Il se peut que, en vertu de leur commission générale, une certaine latitude leur soit laissée, leur permettant de n'exécuter cette loi que d'après leur appréciation des circonstances ; ils peuvent recevoir une instruction différente pour le cas spécial ; le prince lui-même peut s'en écarter en décidant directement.

De cette façon, les lois de justice sont obligatoires *pour le gouvernement*, les lois de police ne le sont pas ; les lois de justice par conséquent sont du *droit*, les lois de police ne sont pas du droit. Quand aujourd'hui on veut parler correctement et n'appeler loi que ce qui, comme les lois de justice, contient des règles de droit, on refuse ce nom aux commandements généraux que le prince publie en matière de police, de finances, etc.; pour marquer la différence, on les appelle de simples ordonnances (9).

(9) *Eichhorn*, Betracht. über d. Verf. des Deutch. Bundes. p. 41 : En matière administrative, on peut « même dans le cas où une certaine règle existe, avoir égard à la situation individuelle des choses, et ordonner ce qui convient au bien commun, alors même que cela constitue une infraction à la règle qu'une règle de droit a créée.... (ces lois) ne sont, à proprement parler, que des règles pour les autorités exécutives de l'Etat, règles par lesquelles une certaine liberté d'action est laissée à leur propre initiative ». Ces autorités inférieures, naturellement, sont tenues de ne pas, par leurs ordres, aller contre les commandements de leurs supérieurs ; mais, pour les sujets, ces lois, au sens impropre, ne constituent aucune garantie. La chose a quelque ressemblance avec ce que *Jhering* appelle « une norme unilatéralement obligatoire » (Zweck im Recht. pp. 333, 338, 340). *Funke*, Die Verw. in ihrem Verh. z. Just. (1840) caractérise la différence essentielle entre le droit privé et le droit public par le fait que ce n'est que

Digitized by Google

2) Les ordres du prince peuvent aussi s'adresser directement aux fonctionnaires pour leur prescrire ce qu'ils ont à faire. C'est la forme que présentent les règlements en matière de justice pour la procédure et l'application de la peine. Leurs commandements deviennent immédiatement des règles inviolables, ayant la nature de régles de droit pour le sujet qu'ils concernent. Au contraire, les ordres qui sont donnés aux autorités administratives par des instructions — détaillées presque à l'excès — ne regardent pas le sujet au point de vue du droit. Il n'a, vis-à-vis de l'autorité, aucun droit d'exiger qu'on les observe, ni qu'on fasse ce qu'ils ordonnent, qu'on respecte les limites qu'ils tracent. Quand on les publie — ce qui se fait souvent de la même manière que pour les lois — c'est purement pour des raisons d'utilité pratique : il y a peut-être avantage à ce que les

dans la sphère du premier qu'il y a des « lois de droit » (« Rechtsgesetze », p. 40). Un excellent traité dont l'auteur est anonyme : Die Trennung der Justiz und Administration, 1840, l'explique encore plus clairement : Des « lois de droit », il n'y en a que dans la sphère du droit privé (p. 36) ; les lois, qui sont émises en matière de finances, de police, en matière militaire, sont telles, « qu'elles ne peuvent pas être traitées de lois de droit; elles se présentent comme des lois politiques » (39) ; elles sont aussi désignées comme « normes politiques » (p. 46) ; la différence essentielle qui les sépare des lois-règles de droit, est dans ces mots : « le citoyen, par rapport à ces lois et à leurs effets, n'existe pas comme personne » ; les prétentions qu'il voudrait formuler en vertu de ces lois, « ne peuvent pas être considérées comme des droits qui lui appartiennent » (p. 37) ; donc, le sujet ne figure ici que comme objet.— A. L. R. Einl. § 7, n'envisage comme matière de la loi que le droit privé, le droit criminel et le droit de procédure : *Bornkak*, Preuss. Staatsrecht. I, p. 484. A. L. R. II, 13 § 6 : « Le droit de faire des lois et des règlements généraux de police est un droit de majesté ». Comp. A. L. R. II, 20 § 150. Pourquoi sont-ce deux choses différentes? *Bornhak*, *loc. cit.*, I. p. 437 en donne la raison suivante : les règlements de police n'ont pas besoin d'être publiés pour avoir leur effet, ce qui a lieu en réalité. Mais il est évident qu'à cause de leur objet ils ne sont pas considérés comme de véritables lois, des lois-règles de droit. La distinction entre la loi et un règlement général de police ou de finance peut devenir d'une grande importance, quand il s'agit d'interpréter des prescriptions datant des temps anciens ; *Foerstemann*, Pol. R. pp. 92, 145, 148, en donne des exemples.

Digitized by Google

sujets sachent ce qu'ils ont à attendre des autorités, et s'y conforment. Si l'on croit qu'il n'y a pas utilité à le faire, la publication n'a pas lieu ; il peut même arriver qu'on juge convenable de tenir secret le détail d'une instruction (10). Dans tous les cas, la force et l'importance de l'instruction sont les mêmes : elle ne touche que les fonctionnaires ; sur le sujet, elle n'a pas d'effet immédiat ; celui-ci ne s'en ressent que par l'exécution que les fonctionnaires en font ; les ordres ne font pas du *droit*, pas plus que les commandements généraux en matière de police et de finances (11).

Le résultat est que, dans cette période du régime de la police, il existe bien un droit civil, un droit pénal, un droit de procédure, en un mot un droit de justice ; il n'existe pas, pour l'administration, de règlements qui

(10) Sur la manière dont on a tenu secrètes les instructions données aux conseillers de finances, *Schmoller* dans Zeitschrift f. Preuss. Gesch., 1874, p. 564. Quand la publication d'une instruction est ordonnée, on aime à en indiquer le but : « pour la tranquillisation », « afin que chacun s'y conforme et se tienne sur ses gardes ».

(11) *V. Sarwey*, A. L. R., p. 50, 51, observe, avec raison, que ces instructions n'ont d'effet extérieur que d'une manière indirecte, en ce qu'elles astreignent l'administration à une certaine stabilité et uniformité dont les sujets bénéficient. Mais il n'était pas logique d'ajouter : «Donc, les instructions forment une partie du droit commun existant dans chaque Etat ». *Schmoller* dans Zeitschrift f. Preuss. Gesch., 1874, p. 511 et s. va jusqu'à considérer le droit nouveau comme un produit de l'activité des conseillers des finances qui l'auraient créé par leurs instructions et leurs ordres ; p. 552, il parle de la « formation du droit administratif par les édits, règlements municipaux et ordres individuels » (!). *Gneist*, Rechtsstaat, croit également voir ici un *jus extraordinarium* « droit ordonné par les autorités » (p. 149), un « organisme du droit solide » (p. 158), quoiqu'il avoue qu'il ne s'agit pas ici « de l'application uniforme d'une règle de droit, mais de l'usage des forces coercitives au point de vue de buts déterminés ». Or, nous avons aujourd'hui encore devant nous exactement les mêmes instructions, qui, par la force de la subordination, maintiennent dans l'administration l'ordre et la régularité. Nous savons qu'elles ne créent pas des règles de droit ; c'est ce que, à la différence des instructions, font les lois. Serait-il permis de donner le nom de droit à ce que les instructions ont produit au commencement du siècle dernier, pour ce seul motif qu'alors il n'y avait pas mieux pour l'administration, qu'il n'y avait pas de véritable droit ?

Digitized by Google

soient obligatoires pour l'autorité vis-à-vis du sujet : *il n'y a pas de droit public* (12).

III. — En revanche, le droit civil et la juridiction civile prennent un essor prodigieux ; s'occupant, dans une large mesure, des relations entre l'Etat et le sujet, ils remplissent les lacunes que cet état du droit administratif présenterait pour la conscience publique.

1. — D'après l'ancien droit, les demandes que les sujets pouvaient diriger contre leur prince devaient être portées devant les *Austräge* d'abord et ensuite devant les tribunaux de l'Empire. Mais il était devenu d'usage de faire une distinction, selon que le prince était assigné comme prince ou comme *privatus*. Le premier cas était celui où il s'agissait de ses droits de supériorité ; le second, celui où une simple relation d'affaires privées était en question ; c'est là un des points où la distinction entre le droit public et le droit civil commence à percer. Or, pour la demande dirigée contre le prince comme *privatus*, contre la chambre du prince ou contre son fisc, comme on dit, on reconnaît la compétence des tribunaux ordinaires du pays. Cette compétence repose sur la fiction qu'on a choisi ces tribunaux, par consentement tacite comme *Austrägalgerichte*, pour servir d'arbitres dans le sens de cette institution. On

(12) Au cours des débats dans la Chambre des députés prussienne sur la Kreisordnung, le rapporteur, *Dr Friedenthal*, dans son discours remarquable, a fait en quelques mots rapides le portrait de l'Etat sous le régime de la police. « Le droit civil reste sacré ; on crée des garanties pour le droit civil ; la justice doit être indépendante. La justice va son chemin, l'administration fait de même. Le droit public, dans cette phase, n'est pas reconnu comme droit ; il est considéré comme un *precarium* ; l'Etat est le maître absolu de toutes les affaires publiques » (V. *Brauchitsch*, Materialien Z. Kr. O. II, p. 650). De là cette profonde différence entre les affaires de justice et les affaires d'administration, différence que notre ancienne littérature cherche avec tant de peine à fixer. Ce n'est pas, pour l'époque, une simple question de compétence ; il s'agit de savoir si l'affaire doit être traitée d'après des principes de droit ou d'après l'opportunité seule (*Oppenhoff*, Ressortverh. p. 16).

Digitized by Google

aurait pu raisonner de la même manière pour les demandes qui concernaient les prérogatives Mais on estimait ces affaires comme très supérieures en importance ; c'est pour cela qu'on ne voulait pas présumer ici une soumission tacite des sujets à la juridiction des propres tribunaux de leur adversaire (13). Si les tribunaux du pays, dans ces affaires privées, fonctionnaient comme la *Austrägalgerichte*, il était logique qu'on pût appeler de leur décision aux tribunaux de l'Empire ; et ceci, même dans le cas d'un *privilegium de non appellando* absolu, parce que les *Austräge* étaient toujours exceptés de ces privilèges. Mais les princes s'y opposaient, et, à la fin, les capitulations impériales, (*Wahlkapitulationen*) décident que les tribunaux de l'Empire ne peuvent plus être saisis de ces affaires, ni directement ni par voie d'appel. Donc les tribunaux territoriaux sont ici souverains.

Ce qui est caractéristique, c'est la sollicitude avec laquelle on cherchait des garanties pour que les juges — qui étaient cependant les fonctionnaires de l'une des parties en cause — fussent impartiaux et dignes de confiance. Que le prince renonce à faire un acte de souveraineté dans une affaire semblable, cela va de soi ; mais on prend soin aussi de délier les juges, solennellement et avant l'introduction de l'instance, du devoir « de défendre notre intérêt » ; des princes consciencieux se répandent en admonitions et en reproches, lorsqu'ils soupçonnent qu'on a pu les favoriser (15).

Cette compétence des tribunaux territoriaux vis-à-

(13) *Struben*, Rechtl. Bed. V (J. S.), p. 40, note 3 indique ce motif.

(14) *Moser*, Wahlkap. Jos. II. t. II, p. 253 ; *Schmelzer*, Wahlkap. Franz II. p. 153 ; *Häberlin* St. R. II, pp. 460 ss.

(15) *Struben*, Rechtl. Bed. V. J. S.) pp. 41 ss. où l'on trouve surtout les propos énergiques de Frédéric Guillaume I contre les juges qui agiraient ainsi : « Oubliant Dieu et leur devoir et manquant de conscience ». *Pfeiffer*, Pract. Ausf. III, p. 207.

Digitized by Google

vis de leur prince reste intacte à côté de la diminution et, à la fin, de la disparition complète de la juridiction de l'Empire ; à mesure que le régime de la police s'accentue, elle augmente toujours en importance.

2. — Pour la compétence des tribunaux civils, l'essentiel est donc que l'Etat soit soumis au droit civil ; cela revient à la question de savoir s'il doit y avoir pour lui un régime de droit quelconque ; car, en dehors du droit civil, il n'y a pas de droit. C'est pour cela qu'il y a ici plus qu'un intérêt scientifique à tracer correctement la ligne entre deux sphères de droit d'un caractère différent. Il s'agit de résoudre le conflit entre deux idées puissantes : l'idée de l'Etat omnipotent, idée qui vient de se manifester par la destruction des barrières des prérogatives ; et l'idée du droit, idée qui est réduite à porter aussi en avant que possible, dans les rapports entre l'Etat et les sujets, la seule forme du droit et de ses règles, qui soit à sa disposition.

La période du régime de la police a trouvé la solution du conflit dans la fameuse *doctrine du Fisc*, qu'elle a développée et qui, aujourd'hui encore, malgré la disparition de tout ce qui lui servait de base, continue à exercer une influence évidente sur l'application du droit et sur son enseignement, quoiqu'on ne la professe plus et que, le plus souvent, on la nie même expressément.

L'idée du fisc a pris son origine dans le droit romain. Le fisc se présentait là comme une personne morale à côté de l'empereur, personne morale à qui appartiennent les biens servant à poursuivre le but de l'Etat, qui jouit de revenus spéciaux et de certains privilèges de droit civil et de procédure (16). Dans le droit public allemand, quand on commence à parler

(16) *Savigny*, Syst. II, pp. 272 ss. ; *Weiske*, Rechtslex. IV, pp. 297 ss. ; *Mommsen*, Abrisss des röm. St. R. p. 279.

Digitized by Google

du fisc, on ne regarde d'abord que les *utilitates*, les avantages matériels qui sont joints à cette institution : ce sont les *jura fisci* qu'on a en vue, les amendes, les confiscations, les *bona vacantia*, les trésors trouvés, etc. Le fisc est la caisse qui perçoit tout cela. Originairement, l'empereur seul a ces droits ; dans la suite, ils reviennent aux princes de l'Empire : eux aussi, peuvent avoir un fisc ; à la fin, les princes ont la possession exclusive de ces droits disputés (17).

Avec le développement du régime de la police, ces droits particuliers perdent leur importance. Ils disparaissent derrière l'omnipotence de l'Etat. En revanche, cette personne morale, propriétaire des biens destinés au but de l'Etat, qui est le fisc, apparaît maintenant au premier plan. L'idée de l'Etat distingue les biens du fisc des biens privés du prince. Le fisc administre ces biens par des fonctionnaires spéciaux ; il les défend devant les tribunaux, figurant dans les litiges qui peuvent survenir avec les sujets, comme partie au procès. Il représente maintenant un côté de l'Etat ; mais ce côté de l'Etat est reconnu et formé comme personne morale, avant que, pour tout le reste de son existence, on ait attribué à l'Etat cette qualité. Le fisc est placé à côté du prince et des autorités

(17) *Moser*, Landeshoheit in Kam. Sachen, p. 107 : « Nous appelons fisc la caisse du prince, dans laquelle entrent les revenus que le prince tire, non pas de ses biens de chambre ou propres, mais des sujets ou des parties de territoire qui lui appartiennent, non pas en tant que propriétaire mais en vertu de la supériorité, ou bien encore les revenus qu'il tire d'étrangers ». Pour *Cramer*. Wetzl. Nebenst. IV, p. 66 le fisc est également une caisse au profit de laquelle il y a des privilèges ; c'est ce qui fait que les *causae fiscales diffèrent à causis principum privatis et propriis* ». *Häberlin*, Staatsrecht. II, pp. 238 ss. fait l'historique : « Aux temps anciens, on croyait que l'Empereur seul pouvait avoir un fisc « (p. 240). Comme on le voit, il ne s'agit toujours que des « droits du fisc ». Comp. *Klüber*, Off. R. pp. 700 ss., où le *jus fisci* figure même comme un droit de supériorité spéciale. *Zöpfl*, St. R. II, § 458 II, désigne le fisc comme « une autorité qui exerce les droits de l'Etat comme caisse de l'Etat ». La manière de s'exprimer, il est vrai, devient de plus en plus singulière.

Digitized by Google

exerçant la puissance publique ; il les représente dans toutes les affaires de droit civil concernant la fortune publique (18).

Mais de plus en plus, l'idée se fait jour que l'ensemble des droits de supériorité eux-mêmes, ou, pour mieux dire, cette universalité de la puissance souveraine, doivent être censés appartenir, sous toutes les formes, à l'Etat au nom duquel ils sont exercés ; l'Etat, comme point de départ de la puissance publique, constitue donc aussi une personne morale.

Ainsi, on arrive à avoir deux personnes morales distinctes, produits d'une division juridique de l'Etat : d'une part, l'ancien *fisc*, l'Etat considéré comme société d'intérêts pécuniaires ou personne morale du droit civil ; d'autre part, l'*Etat proprement dit*, l'association politique, la personne morale du droit public — rappelons-nous que cette expression « droit public » est souvent négative et signifie l'exclusion du droit civil (19).

Cette division doit être comprise dans le sens qu'elle a à son époque. Il ne s'agit pas ici de rapports divers d'un seul et même être ; il ne s'agit pas seule-

(18) La combinaison de personnes morales du droit civil avec l'administration publique apparaît aussi, de façon différente, dans les collectivités inférieures. Nous y reviendrons en traitant des personnes morales du droit public. Sur le fisc comme représentant du roi et des autorités, ordre du cabinet pruss., 4 décembre 1831 ; *Oppenhoff*, Ressortverh. p. 39 ; *Koch*, Komment. zum A. L. R., II, p. 404 ; Braunschw. Landchaftsordnung, § 198. Cette représentation signifie surtout une responsabilité civile. La fisc, de son côté, est représenté par les autorités, en ce sens que celles-ci sont les organes de sa personne morale. Le double sens du mot aboutit quelquefois à une espèce de représentation réciproque. Ainsi, par exemple, chez *Koch*, *loc. cit.*, pp. 404 et 405.

(19) La formule classique se trouve chez *Koch*, Lehrbuch d. Preuss. Priv. Rechts, I, p. 170 (§ 60) : « L'Etat se présente comme personne morale dans un double rapport, comme association politique pour la réalisation du but de l'Etat (droits de majesté, de supériorité) et comme société d'intérêts pécuniaires pour procurer les moyens qui doivent servir à ce but. Il faut bien distinguer ces deux sociétés, l'une de l'autre ». La seconde est le fisc.

ment de deux côtés, de deux fonctions de l'Etat. Ce n'est pas une erreur des écrivains, juges et hommes politiques de ce temps, ce n'est pas, de leur part, une erreur de langage s'ils appellent expressément le fisc une personne à part, formant le contraire de l'Etat ; ils veulent dire ce qu'ils disent. Ce n'est qu'ainsi comprise que cette idée nous donne la clef de l'ordre de choses que le droit de cette époque a réalisé. Les deux personnes morales ne sont pas seulement distinctes par le nom ; chacune a sa représentation à elle et ses affaires distinctes qui sont gérées en son nom. Mais elles se distinguent surtout par leur qualités juridiques respectives. Le fisc est, par sa nature, « l'homme privé ordinaire » ; en administrant sa fortune, il est soumis au droit civil, il dépend de la juridiction civile. L'Etat proprement dit n'a pas de fortune ; en revanche, il a la puissance publique, le droit général de commandement. Le fisc est sujet comme les autres. L'Etat lui commande, lui impose des charges, le contraint au paiement comme les autres sujets. L'Etat ne peut pas être soumis aux tribunaux et le droit civil ne le concerne pas. Cet Etat réalise pleinement et sans restriction l'idée qui, dans le régime de la police, a triomphé. Des idées aussi puissantes commencent toujours par s'imposer d'une manière absolue ; on n'aurait pas admis le partage qui fait que le même être présenterait cependant un côté qui permet de le considérer comme « un homme privé ordinaire ». Ce n'est que par la création d'une personne morale distincte, connexe, mais d'un caractère inférieur, que *le droit civil et la juridiction civile ont pu être rendues admissibles*. La doctrine du fisc, dans son sens primitif et non encore dénaturé, était seule à même de réunir ce qui, sans elle, restait disparate (20).

(20) *Perrot*, Verfassung, Zuständigkeit and Verfahren der Gerichte der Preuss. Rheinprovinzen (1842) I. p, 174 : Puisque, vis-à-vis de

Digitized by Google

Mais aussi le degré d'application du droit civil et de la juridiction civile que l'on voulait atteindre et et qu'on a réussi à atteindre, ne pouvait se déterminer que sur cette base. On ne saurait méconnaître le fait qu'à cette époque, si nous établissons une comparaison avec notre manière de voir moderne, le droit civil occupe une partie bien plus étendue de la sphère d'activité de l'Etat.

Le point de départ, c'est le principe que le droit civil, et par conséquent aussi la juridiction civile, doit s'appliquer partout où il s'agit du mien et du tien, de questions d'affaires concernant la *fortune*. Il n'y a exception que dans le cas où c'est l'Etat proprement dit qui apparaît dans l'affaire. On reconnaît que c'est l'Etat, — depuis que les autorités fiscales ont reçu leur organisation spéciale, — tout d'abord par la personne de son représentant. Mais ce qui est décisif, c'est toujours la manière dont il agit : l'Etat seul a la puissance publique. La forme générale sous laquelle la puissance publique se présente, c'est le *commandement* et l'*emploi de la force*. Là où il y a commande-

la puissance de l'Etat, les membres de l'Etat sont sans protection, « on a eu recours à une heureuse fiction. On a créé l'idée du fisc considéré comme une personne morale qui a la vocation de procurer et d'administrer les moyens destinés au but de l'Etat. Cette personne morale est représentée par les autorités des différents degrés de la hiérarchie. Elle n'est pas elle-même souveraine ; elle est soumise aux lois de l'Etat, comme toute autre personne physique ou morale, elle a donc partout à s'accommoder aux lois existantes ». La doctrine du fisc, dans toute sa vigueur, apparaît ici avec la conscience de son but pratique. Cette manière de voir nous frappe encore de temps en temps dans la jurisprudence moderne. O. Tr. 27 mai 1862 (Str. 46, p. 109 : « Ce n'est pas le fisc, c'est l'Etat qui est le contradicteur légitime » ; O. Tr. 14 juillet 1865 (Str. 60, p. 111) : « Le premier juge confond le fisc avec le législateur, s'il dit que le défendeur (le fisc) avait, en vertu de son droit de supériorité, supprimé plus tard l'immunité de droit de douane qui appartenait au demandeur ; la convention a été conclue par le fisc, mais la loi douanière a été émise par le législateur ». Comp. Bl. f. adm. Pr. 1880, p. 229. De même, O. Tr. 5 janvier 1877 (Str. 99, p. 132) laisse indécise la question de savoir s'il est préférable de reconnaître dans l'Etat une personnalité double ou une seule personnalité qui a des rapports tant de droit privé que de droit de supériorité d'Etat ».

ment et contrainte, c'est l'Etat ; partout ailleurs, c'est le fisc. Ainsi, le droit civil reçoit déjà une extension assez considérable (21).

Mais cela seul ne nous donnerait pas encore la particularité saillante de tout le système, cette merveilleuse ubiquité des rapports de droit civil, qui accompagnent toute l'activité de l'Etat et amènent avec eux la compétence des tribunaux civils. Ici, le droit civil est appliqué même dans les cas où, d'après les principes qui régissent son application, il ne serait pas applicable, tout au moins, tant qu'on s'en tient à l'unité et l'individualité de la personne de l'Etat, tel que nous le comprenons aujourd'hui. Lorsque l'Etat agit comme un particulier pourrait le faire, lorsqu'il achète, vend, prête ou emprunte, reçoit ou fait des donations, alors il ne nous paraît pas difficile de le soumettre aux règles du droit civil ; il ne commande pas, il se montre simplement du côté de ses intérêts pécuniaires, comme nous disons ; et, par là, il « se soumet au droit civil ». Mais si, vraiment, il se met à commander et à exercer la puissance publique, alors il n'est plus question d'appliquer le droit civil. Il faudrait, en effet, mettre plus de bonne volonté que n'en a un juriste, pour trouver dans ce commandement son côté d'intérêts pécuniaires et pour imaginer, de la part de celui qui commande, une soumission correspondante au droit civil. Comment le commandement pourrait-il faire naître en même temps vis-à-vis de l'Etat des droits d'ordre privé, c'est ce qui resterait inexplicable. Seule, l'ancienne doctrine du Fisc a

(21) Dès qu'il n'y a plus de commandement, il s'agit, comme disent les tribunaux, « d'une pure question d'argent », on a alors affaire au fisc : C. C. H., 11 déc. 1852, 4 avril 1855 (*Kosmann*, Erkenntnisse, II, p. 141, p. 249) ; 10 oct. 1863 (J. M. Bl. 1863, p. 290). La maxime de la période du régime de la police d'après laquelle « c'est seulement au cas de commandement que l'Etat n'est pas soumis au droit civil », a pris des racines si profondes qu'aujourd'hui encore il y a des juristes qui ne veulent pas y renoncer ; voir ci-dessous § 11, note 2.

Digitized by

rendu ceci possible d'attacher, sans manquer à la logique, des effets de droit civil immédiatement aux actes de la puissance publique. Bien entendu, ce n'est pas sur l'Etat lui-même que portent ces effets, c'est sur le Fisc, qui est placé à côté de lui ; le Fisc ne figure pas dans l'acte comme commandant, il n'y a donc pas de contradiction à le faire obliger civilement. Cette idée, avec toutes sortes de modalités, est appliquée aux différents actes du pouvoir ; elle sert à y rattacher, au profit des sujets, des droits vis-à-vis de l'Etat. L'Etat exproprie le possesseur d'un immeuble, mais il impose en même temps au Fisc la charge d'indemniser celui-ci par une somme d'argent. L'Etat, par la nomination du fonctionnaire, le soumet à une dépendance spéciale, mais, en même temps ou même auparavant, le Fisc conclut avec lui une convention, une convention de droit civil, par laquelle il s'engage à payer un salaire. L'Etat fait percevoir des contributions qui avaient déjà été payées ; le Fisc est censé avoir obtenu un enrichissement sans cause, il en doit la restitution d'après les principes de la *condictio indebiti*. D'une manière générale, toutes les fois que l'Etat, par sa puissance publique, impose à un individu un sacrifice spécial, le Fisc, en vertu d'une règle générale du droit civil, devient son débiteur d'une juste indemnité, pour le paiement de laquelle on peut l'assigner devant le tribunal civil (22).

(22) Nous rencontrerons à chaque instant cette manière de voir, quand nous exposerons les différentes institutions du droit administratif. Comme il n'y a rien à faire contre l'Etat lui-même et que le fisc ne peut pas faire plus que de payer, toute garantie de la liberté civile sous le régime de la police, se résume dans ces mots : « Soumets-toi et présente ta note ». *Klüber*, dans Archiv. f. d. neueste Gesetzgebung t. I, p. 261 expose cette thèse avec une certaine satisfaction : « La supériorité territoriale ne doit être exercée que d'après les lois-règles de droit » (p. 287), c'est-à-dire que le souverain peut tout « mais seulement à condition de dédommagement » ; si, pour chaque empiétement, le fisc est obligé d'indemniser, alors on a gouverné d'après des lois-règles de droit (p. 292) ; par contre, « exercer arbitrairement la

Dulde und liquidiere

Ainsi, la doctrine du Fisc devient d'une grande importance pour l'organisation du droit dans le système du régime de la police. Rien n'est plus facile, il est vrai, que de combattre, avec les lumières du temps moderne, les idées fondamentales sur lesquelles elle repose. Cela ne peut pas faire disparaître le fait que cette doctrine a dominé pendant longtemps dans la réalité de notre droit et qu'elle a incontestablement rendu de grands services. A vrai dire, il y a toujours quelque chose d'arbitraire et de singulier dans les différentes formes par lesquelles l'ingéniosité humaine a cherché à garantir la situation des sujets vis-à-vis de la puissance d'Etat; le système français de la séparation des pouvoirs que, en fait, nous suivons actuellement, n'en est pas exempt. Parmi ces moyens de garantie, il faut compter la doctrine du fisc (23). Au milieu

puissance de l'Etat », ce n'est autre chose qu' « altérer, par cet exercice, des droits de propriété privée sans un dédommagement complet ». *Bornhak*, Preuss. St. R. II, p. 464 a fait de ce système du régime de la police une critique peu modérée mais assez juste, quand il parle de la « tendance des tribunaux prussiens à faire du fisc comme personne morale le souffre douleur général pour l'Etat ».

(23) Il y a une exception, à cet égard, pour la Hesse électorale à raison du rôle particulier que joue ici la justice. Le tribunal d'appel supérieur (*Oberappellationsgericht*) de Cassel se considère comme successeur de l'ancien tribunal de l'Empire pour statuer sur les demandes dirigées contre le prince « sans distinguer les deux personnes qui sont réunies dans ce prince, comme détenteur des droits de supériorité et comme représentant du fisc ». Il maintient l'ancien principe, « que toute affaire administrative peut devenir affaire de justice » dès que le gouvernement veut « violer des droits acquis ». Jusqu'en 1817, il admet, contre les actes administratifs de ce genre, des « appellations extrajudiciaires », il exerce un contrôle général sur le point de savoir si les limites des prérogatives du prince ont été observées, même quand il s'agit d'une loi que celui-ci aurait émise. *Pfeiffer*, Prakt Ausf., I, pp. 254, 258, III, pp. 441 ss. ; *Bähr*, Rechtsstaat, pp. 135 ss. Plus tard, il se produit un changement sous l'influence des théories du droit constitutionnel : la loi elle-même n'est plus contrôlée pour rechercher si elle est admissible ; mais toute autre mesure du gouvernement est examinée pour savoir si elle est conforme à la loi. *Pfeiffer*, Prakt. Ausf., I, p. 258. III, p. 561. La Constitution de 1831 n'a pas manqué de renforcer encore cette puissante situation du tribunal ; c'est aussi surtout contre elle, que le coup d'état du prince électeur en 1851 fut dirigé. Il y avait donc ici des éléments juridiques de l'époque des

Digitized by Google

des formes anciennes complètement détruites, elle fut d'abord le seul moyen qui s'offrait.

droits de supériorité des princes, éléments qui persistaient et ne furent absorbés que par les idées de l'Etat constitutionnel moderne et par son régime du droit. C'est là, certes, une chose assez remarquable au point de vue de l'histoire du droit ; mais on a eu le tort de vouloir préconiser cet état de choses comme un idéal et un droit modèle. La grande marche du développement de notre droit, tout en ne laissant pas ce coin paisible tout à fait intact, passe par le régime plein et fortement accentué de la police.

§ 5

L'Etat sous le régime du droit (Rechtsstaat)

Le régime de la police remplit la période de transition entre l'ancien droit et l'état de choses que nous offre le temps présent. C'était une école sévère pour nous préparer à l'Etat moderne. Ce dernier ne peut pas renier ses origines : les idées qu'il en a reçues, il ne les efface pas, il ne les écarte pas, il les développe.

Les grands principes qu'on était parvenu à dégager sont, d'une part, la souveraineté absolue de l'Etat, — d'autre part, la soumission d'une certaine sphère d'activité de l'Etat au droit civil et à la juridiction civile. L'un et l'autre principes ont été conservés. Il n'y a plus de droits de supériorité qui donnent la mesure du pouvoir de l'Etat sur ses sujets ; il n'y a qu'une *puissance de l'Etat, universelle, agissant souverainement*, dans le sens de l'ancienne *Majestas populi Romani* (1). Néanmoins, à la différence de celle-ci et d'après le modèle que le régime de la police avait donné, la *possibilité* subsiste d'appliquer, jusqu'à un certain point, à cet Etat le droit civil destiné à règler les rapports des individus entre eux, de recourir contre

(1) En 1840 encore, *Miruss* écrit un Droit administratif allemand, sous le titre : « Les droits de supériorité des Etats fédérés allemands » (*Die Hoheitsrechte in den deutschen Bundesstaaten*). Ces droits se combinent alors avec les idées du droit public moderne d'une maniere bien factice (pp. 1, 67, 81). *Gerber*, Grundlinien, p. 67 note, a définitivement condamné ce système. On peut bien se servir encore des vieilles expressions pour toutes sortes de classifications (ainsi p. e. *Gareis*, Allg. St. R., pp. 25 ss.) ; mais il ne s'y cache plus aucune réalité.

lui aux tribunaux institués pour juger les contestations de droit civil (2).

Ce qu'il y a de *nouveau*, c'est que, désormais, cette puissance souveraine universelle reçoit une organisation spéciale, par laquelle elle se revêt, d'elle-même, des formes et des marques caractéristiques du droit. Le droit public ne signifie plus, comme dans l'euphémisme des anciens docteurs, une sphère pour laquelle, en opposition avec celle du droit civil, il *n'*y a *pas* de droit lorsqu'il s'agit des rapports entre Etat et sujet. Nous avons devant nous le fait de l'existence d'un *droit public administratif* qui s'applique à l'administration, à côté de ce qui reste attribué au droit civil. Cela opère nécessairement un changement sur les principes même qui régissent la délimitation de cette compétence du droit civil sur l'Etat. Le droit civil cesse d'être le seul droit possible, le seul qui soit appelé à fournir ses règles partout où l'Etat ne s'y soustrait pas en faisant valoir sa puissance de commander et de contraindre et en se manifestant comme étant au-dessus de tout droit.

Au contraire, le droit qui lui est propre, le droit public doit, pour l'Etat, être considéré comme le droit régulier, le droit qui, dans le doute, est applicable. Le droit civil étant l'exception, il faut, chaque fois, justifier spécialement son application.

C'est seulement par une conséquence de ce changement de situation, que l'ancienne doctrine du fisc a disparu. On s'aperçoit que ce n'était là qu'un expé-

(2) Que l'Etat soit soumis au droit civil, cela ne découle certes pas de sa nature ; c'est un résultat positif de son histoire. *Bornhak*, Preuss. St. R., II, p. 463, appelle cela une contradiction insoluble avec l'idée pure de l'Etat ; il n'y a là, d'après lui, que des actes du droit public qui sont seulement, en vertu d'une fiction établie par l'Etat, traités selon les règles du droit civil. Mais ce qui, par la volonté de l'Etat, doit être traité selon les règles du droit civil nous semble, par cela même, appartenir réellement au droit civil.

$\alpha\beta$ is equal to $\gamma\delta$ and $\alpha\gamma$ is equal to $\beta\delta$, and $\alpha\beta$ is greater than $\alpha\gamma$, $\gamma\delta$ is greater than $\beta\delta$. Let $\epsilon\zeta$ be equal to $\alpha\beta$ and $\eta\theta$ to $\alpha\gamma$. Let $\kappa\lambda$ be equal to $\gamma\delta$ and $\mu\nu$ to $\beta\delta$. Let $\xi\pi$ be equal to $\alpha\beta$ and $\rho\sigma$ to $\alpha\gamma$. Let $\tau\upsilon$ be equal to $\gamma\delta$ and $\phi\chi$ to $\beta\delta$. Let $\psi\omega$ be equal to $\alpha\beta$ and $\alpha\gamma$ to $\alpha\gamma$. Let $\alpha\beta$ be equal to $\gamma\delta$ and $\beta\delta$ to $\beta\delta$. Let $\alpha\beta$ be equal to $\gamma\delta$ and $\alpha\gamma$ to $\beta\delta$. Let $\alpha\beta$ be equal to $\gamma\delta$ and $\beta\delta$ to $\alpha\gamma$. Let $\alpha\beta$ be equal to $\gamma\del

rement instructif pour nous, parce qu'il est toujours en avance sur le nôtre de quelques pas, et parce que le passé est plus facile à comprendre que le présent ; de plus, il y a cette particularité, conforme au génie du peuple français, qu'en France toutes les idées nouvelles de droit public sont formulées et mises à exécution d'une façon brusque. Pour nous servir d'une comparaison, elles apparaissent toujours, immédiatement en cultures nettes.

Longtemps avant nous, en France, le régime de la police s'était établi. Il n'existait pas de frein analogue à notre juridiction de l'Empire. Le roi, avec ses ministres, ses intendants, ses commissaires et la masse du personnel exécutif, agissait à son gré, sans rencontrer de barrière de droit.

Mais il y a, à côté, la justice, dont la situation est encore beaucoup plus marquante que chez nous. Les grandes cours de justice, dites Parlements, indépendantes du roi par suite de la vénalité — si contraire à nos idées modernes — des offices qu'une classe puissante s'est assurée pour ses membres, administrent le droit souverainement. Le droit dont elles assurent l'observation se compose des coutumes — successivement rédigées par écrit et publiées — et des ordonnances du roi. Mais ces dernières ne sont reconnues par le Parlement qu'à la condition qu'elles lui aient été préalablement et dûment adressées et qu'il les ait ajoutées à sa collection en les enregistrant. Cet enregistrement n'est pas une pure formalité ; le Parlement prétend avoir un droit de remontrances ; souvent, l'enregistrement n'a été obtenu qu'avec de grandes difficultés ; maintes fois l'enregistrement n'a pu avoir lieu. Les ordonnances enregistrées constituent seules la *loi* (4).

(4) D'*Aguesseau*, Œuvres I, IXe merc. : de l'autorité du magistrat et de sa soumission à l'autorité de la loi : le juge seul est lié par la loi, aussi est-il « adorateur de la loi ». *Lucay*, secrét. d'Et., p. 395, note 2 :

Les fonctionnaires administratifs, de leur côté, ont tout le pouvoir que leur commission leur donne. Ces commissions sont très étendues, elles contiennent tous les pouvoirs possibles. Elles ne sont pas publiées, même quand elles posent des règles générales, et elles ne sont pas enregistrées par les Parlements. Les tentatives faites pour obtenir cet enregistrement se heurtent au refus des Parlements qui considèrent les pouvoirs commis comme excessifs ; on prend le parti de renoncer à cet enregistrement (5). On s'arrange autrement. Quand, par exemple, un intendant ou un autre officier du roi, dans l'exécution de sa commission, lèse un droit ou emploie la force, là où la loi, telle que les Parlements la comprennent, ne lui donne aucun titre, il sera bien poursuivi par les tribunaux, sur la demande de l'intéressé ou d'office, pour être condamné à des dommages-intérêts ou même à une peine, mais le roi intervient alors pour protéger son fonctionnaire ; le roi prend, de son côté, des mesures contre le Parlement et empêche l'exécution de son jugement. Le conflit, quelquefois, est poussé entre les agents d'exécution du tribunal et les gens du roi jusqu'à la raison du plus fort ; il est clair qu'alors elle doit se résoudre au profit de ces derniers.

Les intérêts menacés et naturellement toute la classe des juristes, prennent en pareil cas, le parti du Parlement. L'opinion publique s'habitue de plus en plus à considérer, comme un grave inconvénient et une violation criante des droits des sujets, le fait qui, seul, rend possible ces conflits, le fait que les tribunaux seuls sont obligés de procéder selon

l'enregistrement des ordonnances royales signifie « que nos rois ont voulu réduire leur volonté sous la civilité de la loi ».

(5) Sur le refus des parlements d'enregistrer des commissions de fonctionnaires administratifs : cf. *Hanotaux*, Origines des intendants, p. 129 ; *Lucay*, secrét. d'Et., p. 132.

la loi, tandis que l'administration est placée en dehors de la loi ou plutôt au-dessus de la loi (6). Que l'administration soit soumise à la loi tout comme les tribunaux, voilà ce qui semble apparaître comme le seul remède possible. Cette idée s'allie au mouvement puissant vers la souveraineté du peuple, qui a trouvé, dans Rousseau, son apôtre le plus fervent. La manière, imagine-t-on, dont le peuple exerce sa puissance souveraine, consiste justement à ce qu'il fasse lui-même les lois, c'est-à-dire prescrive les règles générales qui, dorénavant, seront obligatoires pour tous les fonctionnaires de l'Etat sans exception, juges ou autres, y compris le chef de l'Etat lui-même : tous, ils devront n'agir que *selon la volonté générale*, c'est-à-dire selon la loi (7).

Bientôt, les Constitutions de la Révolution ont la voie libre pour réaliser cet idéal. Mais l'organisation qui est donnée alors à la puissance publique et qui est devenue le fondement de tout le développement ultérieur, même en dehors de la France, n'est pas simplement calquée sur les idées de Rousseau ; loin de là ! On emprunte à Montesquieu le principe de la séparation des pouvoirs, le nombre de trois et les

(6) *Hanotaux*, Origines, p. 93 : « Point capital : les intendants étaient *hors la loi*, hors la loi, c'est-à-dire (puisque la puissance royale les protégeait) *au-dessus de la loi* ». *Trolley*, Hiérarchie adm., I, n. 18 : « les ordonnances règlementaires et de police n'étaient pas, comme les lois, soumises à l'enregistrement ». Nous avons vu qu'en Prusse, les ordonnances royales de ce genre n'étaient pas considérées non plus comme des lois (ci-dessus, § 4 note 9). En France, il y en avait une raison formelle : elles ne sont pas enregistrées ; c'est pour cela qu'elles ne sont pas des lois.

(7) *Rousseau*, Contrat social, II, chap. VI : « J'appelle donc République tout Etat régi par des lois ». — III, chap. I : « Qu'est-ce donc que le gouvernement ? Un corps intermédiaire, chargé de l'exécution des lois » ; chap. X : « le cas de la dissolution de l'Etat peut arriver.... quand le prince n'administre plus l'Etat selon les lois ;... le despote est celui qui se met au-dessus des lois ». Ces propositions visent l'administration française ; il y est ajouté seulement l'idée de la souveraineté du peuple, d'après laquelle la loi doit se faire, à l'avenir, autrement qu'elle ne s'était faite jusque là.

Digitized by Google

noms techniques de *pouvoir législatif*, *pouvoir judiciaire* et *pouvoir exécutif*. Mais ce ne sont pas non plus ces théories qui sont réalisées purement et simplement sous ces termes. Il fallait s'y attendre : ce qui est créé par les forces vivantes d'une nation est naturellement autre chose que le simple reflet de quelques écrits. Il y a surtout un élément dont l'influence ne peut pas être méconnue. On sait le grand rôle que, dès le début, ont joué, dans les diverses assemblées législatives, les nombreux avocats qui y figuraient.

La classe des praticiens juristes, habitués à regarder le monde du côté de la barre d'un tribunal, a modelé les grands principes directeurs, en leur donnant la forme du droit positif d'après ses propres opinions et ses propres tendances. Il serait étonnant qu'il en fût autrement. Les expressions : pouvoir législatif, pouvoir judiciaire et pouvoir exécutif, ont dû rappeler à cette classe de juristes la structure de la justice, qui lui est familière, à savoir : la loi, le jugement et l'exécution. Pendant qu'on inscrit en tête de la Constitution la formule classique des pouvoirs séparés et rivaux, on les réunit dans leur organisation intérieure en un système éminemment pratique qui est complété dans le même sens par le travail des tribunaux administratifs.

La chose principale, celle qui importe au plus haut point, c'est *la souveraineté de la loi*. Ce qui a été désiré si douloureusement au cours des luttes des anciens Parlements, est maintenant réalisé. La loi est placée au-dessus de toutes les autres activités de l'Etat sans exception (8). La doctrine, comme conséquence,

(8) Il y a désormais un vrai culte de la loi. L'agent de police, dans les communes rurales le garde-champêtre, porte sur son brassard l'inscription « la loi » ; au cri de « force à la loi », tous les bons citoyens doivent descendre dans la rue pour réprimer l'émeute ; la sommation adressée à ceux qui forment un attroupement commence par les mots « obéissance à la loi ! » ; la formule redoutée « au nom de la loi » ouvre toutes les portes ! Parmi les comédies populaires des

abandonne cette fausse apparence de trois pouvoirs égaux. A côté de la loi, on ne reconnaît qu'un seul pouvoir qui, de son côté, est soumis à la loi : le *pouvoir exécutif*. Ce dernier se subdivise de nouveau en deux branches, agissant d'une part comme *justice*, d'autre part comme *administration* (9). D'après les traditions des Parlements, il aurait fallu placer la justice au-dessus de l'administration, pour veiller sur la loi en l'appliquant par ses jugements aux cas individuels, et restreindre l'administration à la simple gestion des affaires, sans une autorité propre. On a eu de bonnes raisons pour ne pas suivre cette voie, pour maintenir, au contraire, avec une grande rigueur l'indépendance des deux branches, surtout celle de l'administration vis-à-vis de la justice. On appelle cela une *séparation des pouvoirs* qui se renouvelle, ou pour mieux dire, une *séparation des autorités*. Mais il en résulte que le modèle donné par la justice d'une activité d'Etat s'exerçant selon la loi, l'administration doit le réaliser immédiatement de son côté et *pour elle-même*.

C'est là l'idée fondamentale qui détermine la nouvelle forme juridique de l'administration. Les deux branches du pouvoir exécutif se développent *parallèlement*. Toutes deux, elles sont soumises à la loi. La justice applique la loi par des jugements, décisions d'autorité pour le cas individuel, et c'est d'après ces jugements que se règle l'action des fonctionnaires d'exécution. L'administration, également liée par la loi, règle ses affaires, s'il y a lieu, par des décisions d'autorité, qui déterminent ce qui doit se faire réellement. Elle le fait dans la forme de la juridiction

premiers temps de la Révolution, il en est une qui s'intitule « L'ami des lois », dans laquelle le héros manifeste un véritable fanatisme d'obéissance à la loi en général et s'en avoue l'esclave.

(9) *Serrigny*, Traité de l'organisation, etc. en matière contentieuse administrative, I. n. 15.

administrative, elle le fait avec une étendue beaucoup plus grande et d'une manière très variée avec le simple *acte administratif*.

L'idée de l'acte administratif, — idée qui est de la première importance, — est déjà indiquée tacitement par la situation subordonnée à la loi qu'occupe l'administration ainsi que la justice. Avant la Révolution, cet acte était complètement inconnu. Avec la nouvelle organisation de la puissance publique, il devient subitement un produit de la *séparation des pouvoirs* (10). L'acte administratif représente, pour l'administration, le pendant nécessaire du jugement des tribunaux ; il est nécessaire afin que l'organisation de l'administration ait une valeur égale au point de vue du droit. C'est pour cela que, dès le début, on insiste, avec une grande énergie, sur la valeur égale de l'acte administratif par rapport au jugement.

Il en a la force, les effets et la position dominante ; il n'en diffère qu'autant que les circonstances — tout autres—, dans lesquelles il doit, dans l'administration, se produire et avoir son effet, le comportent. Bien que ces divergences extérieures soient nombreuses et frappantes, néanmoins, dans l'essentiel, la con-

(10) Les grands répertoires de droit, qui ont paru à la veille de la Révolution, ne connaissent pas encore l'acte administratif. Dans *Denizart*, Collection de décisions nouvelles (1771), I, p. 45, et dans *Guyot*, Répertoire (1784), I, p. 137, le mot acte n'a de signification que pour la justice et pour le droit civil. Dans les explications détaillées qu'en donnent les auteurs, l'acte administratif ne figure pas. Nous en trouvons surtout un témoignage classique dans le fameux répertoire de *Merlin*, répertoire qui est né de l'œuvre de Guyot, que nous venons de mentionner. A partir de la 3e édition, Merlin l'édite en son nom, après avoir fait les additions nécessaires sur le droit nouveau. Dans l'édition de 1812, nous voyons, pour la première fois, apparaître un article : « Acte administratif », signalé comme addition de Merlin. — *Chauveau*, Compétence et juridiction administrative (1841), I, n. 406 : « Depuis un demi siècle que les pouvoirs administratif et judiciaire ont été séparés..., dans les lois, dans les arrêts, que de fois les mots acte administratif ont-ils été employés, etc. » *Dalloz*, Répertoire, v° Acte administratif, n° 2, observe : « Dans l'ancien droit il n'y avait pas d'intérêt « à rechercher les caractères des actes administratifs ». Ces caractères n'existent pas, bien entendu.

Digitized by Google

cordance parfaite subsiste (11). Depuis lors, dans les lois, dans la jurisprudence, comme dans la doctrine du droit administratif, il n'est question que de cet acte administratif qui, pour la formation du droit administratif, a la même importance que l'idée de la loi, bien que son apparition se soit faite avec beaucoup moins de bruit et de splendeur.

Ainsi, nous devons dire que des luttes entre les anciens Parlements et l'administration royale — luttes qui ont rempli des siècles et laissé maintes traces dans le droit français — les Parlements ont fini par sortir victorieux. On n'a pas réussi à soumettre extérieurement l'administration au pouvoir de la justice. Mais l'administration a dû adopter des idées, dont la justice est l'auteur. L'organisation, dans laquelle la justice se présentait, reposait sur tout un système de liens juridiques, à savoir : la loi au dessus de tout, le jugement lié par la loi, l'action des agents d'exécution liée par le jugement. L'application de ce même système à l'administration, telle est l'idée fondamentale du nouveau droit administratif français.

II. — On sait combien le droit constitutionnel français a exercé une influence considérable sur toutes les chartes constitutionnelles qui, depuis le commencement du XIXe siècle, ont été successivement accordées dans tous les Etats allemands, dans ceux du Sud tout d'abord. Il n'y a pas eu de révolution comme en France. Le prince allemand est et reste un tout autre homme que ce chef de l'Etat abstrait qui existe en France. Chez nous, Allemands, l'idée de la souveraineté du peuple n'est pas devenue le fondement de l'édifice. En principe, toute la puissance de l'Etat reste concentrée dans la personne du prince. Ce qu'il y a de

(11) *Henrion de Pansey*, De l'autorité judiciaire, chap. XXXIX, établit déjà, en 1810, cette comparaison entre le jugement et l'acte administratif.

nouveau, c'est seulement qu'une représentation de la nation est ajoutée pour concourir à la législation et voter les impôts. Ceci même n'est pas tout à fait sans lien avec le passé. En beaucoup d'endroits, les anciens Etats du pays, titulaires en ces mêmes matières de certains droits, étaient encore vivants; tout au moins, leur souvenir était récent.

Ce qui surtout a été emprunté au droit constitutionnel français, c'est la forme juridique dans laquelle le concours de la représentation nationale trouve son expression. Tandis que les anciens Etats étaient opposés à la puissance souveraine avec certains droits et privilèges qui la restreignaient, la représentation nationale participe aujourd'hui à l'exercice de la puissance souveraine même. On distingue une certaine manifestation de la volonté souveraine, manifestation particulièrement importante et qui ne doit se produire qu'avec le concours de la représentation nationale : c'est la *loi*. Tout le reste de l'activité de l'Etat doit lui être soumis. Les chartes n'en indiquent le détail qu'en termes très laconiques ; on dirait même qu'elles ne savent pas la définir d'une manière exacte. C'est parce que la théorie constitutionnelle, qui est dans l'air, complète tout ; or, cette théorie n'est autre chose que l'ensemble des idées juridiques du droit constitutionnel français.

Le résultat immédiat a été, chez nous aussi, la possibilité de subordonner l'administration à la loi, de la même manière qu'en France où ce système n'avait été créé que dans cette intention ; à cet égard, en effet, il importait peu de savoir comment étaient réglés les rapports réciproques du chef de l'Etat et de la représentation nationale, placés derrière cette forme de la loi.

D'ailleurs, cela n'alla pas tout seul. Tout d'abord, on n'y regarda pas de très près ; les luttes de l'éloquence

parlementaire et les questions budgétaires semblaient être les seules choses dont il s'agissait dans la nouvelle organisation. L'administration — contre laquelle n'existait pas la même animosité qu'en France — resta tranquillement dans son état primitif (12). Il a fallu un mouvement tout nouveau pour réaliser les idées de l'Etat moderne sur les points où l'on ne pouvait pas, comme dans la Constitution, copier les Français, parce qu'eux-mêmes n'en avaient pas proposé une formule claire et précise. La pensée directrice qui, en même temps, indique le but visé par ce mouvement et qui a été finalement atteint, — pensée qui domine dans la littérature du droit public, dans les programmes des partis et dans les mesures législatives, — trouve son expression dans l'idée de l'Etat sous le régime du droit (Rechtsstaat).

Le mot s'est introduit dans notre langage au moment où les esprits commençaient déjà à fermenter. Il doit désigner une chose qui n'existe pas encore, qui en tout cas n'est pas encore achevée, qui doit devenir. Sa signification, nous la voyons varier singulièrement, parce que chacun veut y mettre son idéal juridique.

Il y a, sans doute, un certain lien entre l'Etat sous le régime du droit et le système constitutionnel. On parle de l'Etat constitutionnel et régi par le droit (Verfassungs-und Rechtsstaat). Quelquefois, on identifie même le Rechtsstaat avec l'Etat constitutionnel (13) ;

(12) *Loening*, dans Schmoller Jharbuch, 1881, p. 801 : « L'expérience a prouvé que le régime de la police peut parfaitement s'accorder avec le système constitutionnel ». Dans ce sens aussi, *v. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 83. — *Gneist*, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, p. 107 et passim va encore plus loin. D'après lui, nous avons eu le *Rechtsstaat* avant la Constitution, et c'est la Constitution qui l'a détruit, laissant les partis politiques s'emparer du gouvernement. Mais il nous semble que ce Rechtsstaat avant la Constitution et ce « gouvernement constitutionnel dirigé par les partis politiques » (en Prusse !) n'ont existé ni l'un, ni l'autre.

(13) *V. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 17 ; *Rosin*, Pol. Verord.

mais cela s'entend alors dans le sens d'un Etat constitutionnel *achevé* ; on exige pour cela « l'arrangement intérieur de la Constitution ». Ce qui fait le *Rechtsstaat* n'est pas donné par l'établissement de la Constitution ; il reste encore à le réaliser.

L'expression choisie indique ce qu'on exige de l'Etat; il faut que partout où son activité rencontre d'autres personnes, ses sujets, il existe un ordre réglé par le droit ; ou, comme l'exprime la formule que l'on considère unanimement comme la meilleure pour exprimer cette pensée, l'Etat doit « fixer exactement et délimiter les voies et limites de son activité ainsi que la sphère libre de ses citoyens, *à la manière du droit* » (14).

Cette exigence s'adresse spécialement à l'*administration*. Pour la justice, ce n'est plus une exigence. En cette matière, tout Etat — l'Etat du régime de la police lui-même — détermine les voies dans lesquelles s'exercera son activité d'une manière ferme et invariable « à la manière du droit » ; il fait des règles de droit obligatoires pour sa justice ; il les fait observer par celle-ci, protégeant ainsi à la fois ces règles et les droits individuels qui en dépendent. Que le droit régisse de la même manière l'administration, c'est ce que tout le monde, d'un accord unanime, considère comme l'essentiel de ce qui doit être (15).

Recht in Pr., p. 3 ; *Gneist*, Rechtsstaat, p. 161 ; *v. Stein*, Verw. Lehre (1869), I, p. 294 ; *Schulze*, Preuss. Staatsrecht, I, p. 358 ; *Gareis*, Allg. St. R., p. 140 ; *Seydel*, Bayr. St. R., I, p. 615.

(14) C'est la formule de *Stahl*, Rechts. u. Staatslehre, II, p. 137 ; elle a obtenu l'approbation de ses adversaires mêmes : *Gneist*, Rechtsstaat, p. 16 : *Bahr*, Rechtsstaat, p. 1 ; *Gumplowicz*, Rechtsstaat u. Socialismus, p. 13 ; *Gierke* dans Zeitschrift für Staatsw., t. XXX, p. 13 : « Le *Rechtsstaat*, c'est un Etat qui se place non pas au-dessus du droit, mais sous le droit ».

(15) *Schulze*, Preuss. Staatsrecht, I, p. 358 ; *Leuthold*, Sächs. Verw. Recht, p. 9 ; *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, p. 615 ; *Laband*, Staatsrecht (1re édit. all.), I, p. 684 (édit. française, II, p. 526) ; *Gareis*, Allg. St. R., p. 140 ; *v. Kirchenheim*, Einf., p. 18 ; *Jellinek*, Ges. u. Verord., p. 216, 242; *v. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 17. Nous mentionnons aussi *Maurus*, Mod. Verf. St. als Rechtsstaat, p. 109, quoique ses explications

Voilà le *Rechtsstaat*. Mais quand il s'agit de le faire sortir de ces généralités abstraites, les difficultés commencent.

Pour réaliser le programme, il y a d'abord un point sur lequel l'entente est faite : l'administration, pour se faire « à la manière du droit », doit être liée par des règles de droit. La Constitution a créé dans ce but la forme de la loi, et cela suffit. Cependant, il est facile de voir que l'activité de l'Etat ne peut être restreinte à la simple exécution des lois existantes ; il lui faut vivre et agir, même s'il n'y a pas de loi pour diriger son action ; or, il y a, dans l'administration, une foule de choses qui ne peuvent pas être prévues par des règles strictes qui les enchaînent. Le Rechtsstaat doit donc restreindre ses exigences à ce qui est possible ; dès lors, son principe peut se formuler ainsi : l'action de l'administration doit être dirigée, autant que possible, par des règles de droit.

Mais pour que le droit gouverne, ces règles ne suffisent pas. L'exemple de la justice le démontre. Elle a son droit civil qui domine, par ses règles, tout ce qui se passe ; mais elle a aussi son acte d'autorité qui décide, pour le cas individuel, ce qui est de droit, ce qui doit être observé et mis à exécution comme tel : elle a le *jugement*. Pour que le régime du droit soit complet, on exigera la même chose dans la sphère de l'administration. Mais cet acte, de qui doit-il émaner ? C'est une question qui a soulevé autrefois une lutte longue et acharnée, lutte d'opinions théoriques, qui a cependant contribué à rendre plus claire et plus déci-

nous semblent manquer de clarté. — Les auteurs diffèrent entre eux en ce que le droit qui doit être protégé est, pour les uns, plutôt le corps des règles de droit en vigueur (*objectives Recht*), pour les autres, le droit individuel qui en résulte (*subjectives Recht*). Ce sont de petites nuances que nous pouvons nous dispenser d'élucider ; d'autant plus que, à y regarder de près, l'une et l'autre de ces formules si vagues n'ont pas la prétention de dire exactement ce dont il s'agit, — et nous verrons bien qu'elles ne le disent pas. Elles ne nous servent ici qu'à constater une certaine tendance.

Digitized by Google

sive la solution finale et à achever ainsi la formation de notre droit administratif allemand.

Depuis le commencement du 19e siècle, de temps à autre, une discussion s'élève dans le monde savant, sur la question de la juridiction administrative. Il se formait, chaque fois, deux camps ennemis : le parti des tribunaux civils revendiquait pour ceux-ci la capacité exclusive de veiller sur l'ordre légal et de procurer au droit une protection efficace ; le parti adverse défendait la justice administrative comme conséquence nécessaire de l'indépendance de l'administration. L'antagonisme arrivait à son point culminant dans la question suivante : l'administration est-elle capable de réaliser le droit et la loi aussi bien que la justice ? ou bien est-elle, vis-à-vis du droit et de la loi, dans une situation analogue à celle du simple citoyen ? (16).

Aujourd'hui la réponse n'est plus douteuse ; sur toute la ligne, elle a été donnée dans le premier sens.

Dans toutes nos lois d'organisation administrative, émises depuis 1860, il y a une tendance à constituer une juridiction administrative indépendante : c'est reconnaître le principe que, dans l'administration, peut être formulé ce qui doit être de droit, tout aussi bien que dans la justice.

Mais il ne s'agit pas seulement de jugements rendus après des débats contradictoires. Tout comme dans la justice, il y a, dans l'administration, une procédure extrajudiciaire (Beschlussverfahren) avec des décisions individuelles en dehors des formes du procès proprement dit. Dès qu'une fois on y a fait attention, on

(16) On trouvera dans *Mohl*, Encyklop., § 35, note 5, l'indication complète « de la littérature pour et contre la juridiction administrative ». La vieille lutte a eu, pour la dernière fois, un écho chez *Bähr*, Rechtsstaat, où, avec les expressions ci-dessus rapportées, on refuse à l'administration d'être l'égale de la justice (p. 52). Comp. *Gneist*, Rechtsstaat, pp. 263 ss. et surtout, *v. Sarwey*, Off. Recht. und Verwal. Rech. Pfl., pp. 129 ss.

s'aperçoit que des actes de cette nature se trouvent disséminés dans toute l'activité de l'administration avec une grande variété de formes et d'objets. Le caractère essentiel doit forcément rester le même.

Des noms nouveaux ont été inventés pour mieux désigner ce caractère et pour indiquer qu'il y a là autre chose que les commandements que sous l'ancien régime de la police les autorités émettaient. Il ne s'agit plus ici de faire seulement savoir au sujet ce que l'autorité exige de lui ; cet acte opère maintenant pour le sujet la détermination d'un rapport juridique, détermination que l'autorité elle-même est tenue de respecter et de mettre à exécution au profit du sujet aussi bien que contre lui. On parle ici d'une *juridiction de l'administration* (Verwaltungsjurisdiktion), pour indiquer que l'acte ressemble au jugement qui fait *jus in concreto* (17), *de conventions et dispositions de droit public* (œffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte) et de la *force de la chose jugée* qui se produit dans l'administration (18). Surtout l'expression *acte administratif* (*Verwaltungsakt*) est empruntée à la terminologie française pour désigner cette qualité de l'acte, par laquelle il décide par voie d'autorité et juridiquement le cas individuel. Ces actes administratifs, on cherche ensuite à les distinguer et à les classer

(17) Cette expression est tirée du droit anglais, où elle a le sens très large de la *jurisdictio* du droit canonique. *Gneist* veut indiquer par là la situation quasi-judiciaire des autorités administratives (Verw., Just., Rechtsweg, pp. 167, 170 ; comp. aussi Engl. Verw. Recht, I, pp. 388, 390, 394). Très bonne est la formule de *Sarwey*, Off. R. et V. R. Pfl., p. 4 : « la *jurisdictio* de l'administration, c'est toute détermination de rapports humains par les organes de l'Etat avec force obligatoire » et qui se fait en dehors de la justice.

(18) L'expression « Rechtsgeschæft » (*convention*) écarte toute affinité avec la justice, pour insister d'autant plus sur la liberté dans la détermination du rapport juridique (cf. ci-dessous, § 9, note 14) ; à l'inverse, en généralisant l'expression « force de chose jugée », on exagère la ressemblance avec la justice. *Ulbrich*, Oestr. R., p. 438, par exemple, parle de la « force de chose jugée qui appartient à une simple disposition administrative ».

which we have contended for in our Memorial, namely, that the Ordinance of 1787 was not a mere Ordinance, but a Compact between the Parties to the Compact, and that it was not in the power of Congress, even when assembled in Convention, to alter the Compact, without the consent of the Parties to it.

The Ordinance of 1787 was a Compact between the Parties to it, and it was not in the power of Congress, even when assembled in Convention, to alter the Compact, without the consent of the Parties to it. Congress, in the exercise of its Legislative Power, could not alter the Compact, without the consent of the Parties to it, because it was not a mere Ordinance, but a Compact between the Parties to it.

Congress, when assembled in Convention

III. — Rien n'est plus erroné que les tentatives faites pour revendiquer, comme une particularité allemande, l'idée du *Rechtsstaat*, de l'Etat sous le régime du droit (21). C'est là une idée qui nous est commune, dans tous ses éléments essentiels, avec les nations sœurs qui ont passé par les mêmes développements successifs, surtout avec la nation française à laquelle, malgré tout, le destin nous a liés par la communauté de l'esprit.

Pour résumer ce qu'est cet Etat, nous pouvons, comme on le voit, partir de cette maxime générale : « L'Etat doit déterminer son action sur les sujets à la manière du droit ». Pour atteindre ce but, on a dû recourir aux formes bien connues et éprouvées, dans lesquelles la puissance publique agit par la justice. Il ne pouvait pas être question de faire de l'administration une justice ; l'adaptation des formes de la justice s'opère dans une double direction :

1° Il fallait créer, dans l'organisation de la puissance publique, les éléments nécessaires ; ne pouvant pas utiliser telles quelles les formes spéciales de la justice, on devait les généraliser et en extraire la quintessence. C'est ce qui a été fait par l'organisation de la loi constitutionnelle d'une part, par la création de l'idée de l'acte administratif de l'autre, deux choses qui donnaient, dans un sens plus large, l'équivalent des formes correspondantes de la justice.

2° Grâce à ces institutions, il est possible d'entourer l'administration de cet enchaînement de liens juridiques, qui caractérise la justice. Mais il est impossible, pour l'administration, d'atteindre cet idéal sous sa forme absolue, à savoir que l'Etat ne pourrait agir effectivement qu'en vertu d'un acte d'autorité, ni faire

à la justice, c'est donner à l'autorité administrative le rôle du juge et non pas celui de la partie.

(21) Ainsi *v. Stein*, Verw. Lehre, I, p. 297.

un acte d'autorité qu'en vertu d'une loi. Il faut se contenter ici d'une règlementation relative, d'un à peu près, du possible en un mot. Ce que nous disions plus haut de la loi s'applique également à l'acte administratif. Il doit y avoir, pour l'administration du *Rechtsstaat*, autant de rapports juridiquement liés par des lois et des actes administratifs que cela est compatible avec le but spécial de cette activité. Il s'agit donc, à cet égard, plutôt d'une recommandation que d'une régle stricte.

Un Etat qui n'a, pour son administration, ni la forme de la loi, ni celle de l'acte administratif, n'est pas un *Rechtsstaat*.

Un Etat, qui a l'un ou l'autre, est plus ou moins parfait comme *Rechtsstaat* à mesure qu'il use de ces formes et en assure l'effet.

SECTION II

Principes généraux du droit administratif.

§ 6

Pouvoir législatif et pouvoir exécutif.

Le rapport entre l'Etat et le sujet a pour base l'*inégalité* au point de vue du droit. Du côté de l'Etat, il y a la *puissance publique*. La puissance est une faculté juridique d'imposer sa volonté à autrui. La *puissance publique* de l'Etat s'entend par opposition aux puissances du droit privé. Elle est, en outre, la puissance publique par excellence, par opposition aux autres puissances du droit public, qui apparaissent sur le territoire et sont considérées comme dérivées d'elle, comme dérivées de la puissance souveraine (1).

L'Etat peut, parfois, ne pas se servir de cette faculté et se placer sur le terrain de l'égalité de droit. Par opposition à ces cas exceptionnels on dit, de ceux qui forment la règle, que l'Etat y apparaît avec la puissance publique ou comme puissance publique, ou bien que la puissance publique y apparaît.

(1) *Schmitthenner*, Staatsrecht. ; *Weigand*, dans Wörterbuch der deutsch. Synonyme, qui est cité par Schmitthenner, explique le mot *gewalt* (puissance, pouvoir) par *Wirkungstüchtigkeit* (faculté de produire un effet) 2e éd., II, p. 342 ; *Gareis*, Allg. Staatsrecht, p. 27 ; *v. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 15.

Il est de l'essence de l'Etat régi par le droit, que la puissance publique reçoive une certaine organisation, dans laquelle elle doit produire ses effets. Nous parlons du principe, si souvent mal compris, de la *séparation des pouvoirs*. Nous avons adopté ce principe d'après le modèle français et il est, chez nous, en pleine activité et en pleine vigueur (2).

Le nom, sous lequel cette doctrine a cours, indique assez bien l'idée fondamentale dont il s'agit. La puissance publique, la faculté générale d'imposer sa volonté est exercée, au nom de l'Etat, par les hommes qui y sont appelés. Ce pouvoir ne pouvant pas être concentré en une seule main, on le divise en pouvoirs distincts devant être exercés par des volontés humaines également distinctes.

Pour justifier ce système on a peut-être fait, autrefois, un peu de rhétorique banale, déclamant contre le tyran et l'oppresseur qui serait forcément le détenteur du pouvoir unique. Cela est possible, mais cela ne doit pas nous empêcher de reconnaître que cette manière de distinguer les trois ou plutôt les

(2) *Laband*, Staatsrecht (1re éd. all.), p. 517 se croit autorisé à constater qu'il y a unanimité « à repousser cette doctrine » ; *v. Stein*, Verw. Lehre, I, p. 18 (1869) prétend même que les Français aussi avaient enfin compris qu'il n'en était rien : « Elle a disparu de la doctrine française actuelle ». Or, dans la séance publique de l'Académie des sciences morales et politiques du 10 mai 1877, M. Aucoc, un écrivain qui fait autorité, a fait son rapport sur un ouvrage couronné, traitant de la signification actuelle du principe de la séparation des pouvoirs ; il approuvait surtout la réfutation des « critiques dont ce principe a été l'objet et qui reposent souvent sur des *malentendus* ou sur une *tendance* au despotisme monarchique ou démocratique ». Pour ne pas parler de tendances, nous contribuons largement de notre côté aux malentendus : ce que la doctrine allemande repoussé si unanimement, ce n'est pas la véritable séparation des pouvoirs, mais l'épouvantail qu'on s'est fait d'elle. Depuis que le passage a été écrit (1895), un revirement paraît s'opérer dans notre doctrine. Comp. surtout *Austchütz*, die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt (1901), p. 10, note 8, qui approuve pleinement ce que j'avais proposé à cet égard. Mais ce qui est encore plus significatif, c'est que *Arndt*, dans Arch. für. öff. R. XV, p. 346, réclame maintenant pour lui la priorité de ces idées.

deux pouvoirs a rempli dans notre droit public deux buts éminemment pratiques : d'abord, elle a fourni, dans le pouvoir législatif, la forme nécessaire pour attribuer à la représentation nationale la part que, dans la puissance souveraine, le nouveau droit constitutionnel lui destinait. De plus, pour le droit administratif, elle a réussi à donner à la souveraineté de la loi cette garantie sérieuse que l'idée de régime du droit exige : si la loi n'est qu'une forme à observer par le prince, elle n'a qu'une situation précaire, la sanction manque ; si, au contraire, le prince rencontre dans la loi la volonté de la représentation nationale, il viole les droits de celle-ci en violant la loi ; la loi a son gardien. Voilà l'utilité de l'institution ; il serait difficile de trouver un moyen plus efficace d'assurer ce but si essentiel pour notre Etat moderne (3).

De ce que nous venons de dire il résulte que la séparation des pouvoirs ne signifie nullement une opposition tranchée entre deux puissances absolues et indépendantes. Les premières Constitutions du temps de la Révolution semblaient, il est vrai, vouloir attribuer tout le pouvoir législatif à la représentation nationale, tout le pouvoir exécutif au Chef de l'Etat ; mais une collaboration nécessaire était toujours supposée, pour que l'unité effective de la puissance de l'Etat restât intacte. La séparation des pouvoirs n'a pas besoin de procéder de cette façon grossière. Il suffit que le pouvoir législatif soit caractérisé d'une manière quelconque par la part qui y est attribuée à la représentation nationale (4).

(3) Pour exprimer cette idée, les auteurs français aiment à répéter un mot de *Monnier* dans son discours sur le projet de constitution du 13 août 1789 : Les pouvoirs ne doivent pas être « entièrement séparés » ; il suffit qu'ils soient « divisés ».

(4) C'est ce qui est reconnu par *Laband*, Staatsrecht, 1re éd. all. I, p. 518 ss. D'après lui, « le droit de faire la loi ne peut pas plus être partagé que la puissance souveraine ». Donc, dans l'Empire, le Bundesrath seul est

C'était aussi une erreur de croire que ce système était incompatible avec le principe monarchique (5). Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont les deux formes dans lesquelles notre Etat agit. La séparation des pouvoirs veut que, derrière ces deux formes, il n'y ait pas une seule et même volonté. Mais peu importe que ce soit une Assemblée nationale avec un Président de la république ou un prince avec une Chambre des députés dont le consentement lui est nécessaire pour l'exercice du pouvoir législatif. Le point de départ, pour le droit administratif, reste toujours le même : ce sont ces deux pouvoirs qui agissent. Ainsi s'explique pourquoi, le droit constitutionnel de nos Etats modernes montrant tant de divergences profondes, leur droit administratif manifeste une conformité frappante (6).

Il faut enfin écarter un nouveau malentendu relatif à la valeur intrinsèque des deux pouvoirs, malentendu qu'on rencontre assez souvent chez nous. Dans l'ancienne doctrine de notre droit public, on aimait faire une classification de l'activité de l'Etat selon ses différents objets, selon la besogne qu'il fait. Nous distinguons encore, dans ce sens, la législation, l'administration, la justice, le gouvernement (comp. ci-dessus, § 1). On croit faciliter la chose en faisant entrer la séparation des pouvoirs dans cet ordre d'idées : elle

« le législateur proprement dit ». La fixation du contenu de la loi par le Reichstag n'est qu'une formalité à remplir pour l'acte de législation qui se fait par le Bundesrath seul. La forme de la loi est même directement assimilée à la forme des conventions, par exemple à celle d'un contrat passé dans la forme notariée (p. 574). Mais pour faire cette comparaison, il faudrait imaginer un acte notarié qu'on ne pourrait faire qu'après s'être entendu avec le notaire sur les clauses à y insérer ; on verrait tout de suite alors que, par là, le notaire deviendrait un auteur de la convention même, de même que la représentation nationale est un des auteurs de la loi. Contre Laband : *Haenel*, Gesetz im form. und mater. Sinne, pp. 146 ss. ; *v. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 24.

(5) Acte final de Vienne, 1820, art, 57.

(6) Ducrocq. Droit administratif, n° 4.

ne signifierait qu'une différence des fonctions de l'Etat à exercer dans l'une et dans l'autre de ces formes, une distribution de ses affaires ; le pouvoir législatif apparaîtrait, quand l'Etat fait des règles de droit souveraines, le pouvoir exécutif, quand il les exécute ou en général (il faut bien l'ajouter) quand il fait autre chose que des lois dans ce sens. Mais, de cette manière, jamais on ne saisira la vraie portée de notre institution. Les pouvoirs séparés ne sont pas de simples compétences ; ce sont des forces juridiques. De même que la puissance publique dans son tout, de même les pouvoirs, dans lesquels elle est divisée, signifient chacun une certaine faculté d'agir, de produire une volonté d'une certaine qualité juridique. Il est vrai qu'en vertu de leurs qualités réciproques, ces pouvoirs sont aptes à remplir chacun un rôle et une fonction déterminés. Mais ils ne sont pas astreints à remplir toujours ces fonctions et rien que ces fonctions. Ils agissent librement ; et la mesure dans laquelle leurs facultés y produisent leur effet juridique, dépend de la direction que, dans cette action, leur volonté a prise, de son contenu et de son objet. Voilà ce que sont ces pouvoirs.

Nous disons donc : la volonté de l'Etat apparaît sous deux formes : la forme propre au pouvoir législatif, et la forme propre au pouvoir exécutif ; chaque fois, cette volonté a les qualités juridiques spéciales propres au pouvoir correspondant. Quelles sont ces qualités ? C'est ce que nous allons maintenant exposer.

L'organisation de la justice a servi de modèle au *Rechtsstaat*, nous le savons ; voyons maintenant comment ses principes ont été adaptés de manière à régir également l'administration plus libre et plus variée.

I. — *La loi*, dans l'Etat constitutionnel, est un acte du pouvoir législatif ou, pour parler plus strictement,

la manifestation de la volonté de l'Etat, qui est investie du pouvoir législatif. Cet acte se caractérise donc :

1° Par son *origine* : c'est la voie de la législation, la forme prescrite par la Constitution, dans laquelle, par le prince et par la représentation nationale, est produite la volonté investie, d'après la Constitution, du pouvoir législatif ;

2° Par ses *facultés virtuelles* : c'est la force de la loi, qui n'est autre chose que la puissance publique avec les qualités spéciales attribuées dans la séparation des pouvoirs au pouvoir législatif.

De cette origine de l'expression de la volonté de l'Etat découle cette force ; il n'en découle pas un *effet* déterminé. Car savoir dans quelle mesure la loi, dans le cas spécial, a fait usage de ses facultés virtuelles, c'est une question de contenu de la volonté de l'Etat (7).

(7) C'est ici le lieu de dire un mot de la fameuse doctrine qui distingue deux notions de la loi : la loi dans le sens formel et la loi dans le sens matériel. *Laband* n'en est pas l'auteur, mais le principal défenseur. Il démontre que nous appelons loi tout acte émanant du concours, réglé par la constitution, du prince et de la représentation nationale, quel que soit le contenu de l'acte ; c'est la loi dans le sens formel, caractérisée par son origine. D'un autre côté, nous appelons loi toute règle de droit, d'où qu'elle vienne ; c'est la loi dans le sens matériel. La loi dans le sens formel peut être à la fois une loi dans le sens matériel ; c'est là que les deux notions se touchent ; mais, en principe, elles sont indépendantes l'une de l'autre. Les adversaires de Laband voudraient maintenir l'identité nécessaire de ces deux choses : la loi constitutionnelle doit toujours être une règle de droit. Mais ils luttent contre l'évidence et il leur faut faire des tours de force extraordinaires pour le nier. Les uns, comme *Haenel*, Gesetz im form. und mater. Sinne, pp. 171, 172, avouent qu'il y a des lois faites dans la forme constitutionnelle, qui ne présentent pas de règles de droit, mais ils les qualifient d'insanités du législateur, auxquelles il ne faut pas faire attention. D'autres, sacrifiant l'idée même de la règle de droit, revendiquent comme règles de droit tout ce que le bon vouloir du législateur peut comprendre dans ses actes : autorisation de vendre un immeuble de l'Etat, subventions accordées à une entreprise de chemin de fer, etc. (*v. Martitz* dans Zeitschifrt für Staatswiss, v. 36, p. 250).

Pour nous, il n'y a pas deux notions de la loi. La loi, c'est la loi constitutionnelle, l'acte émanant du concours du prince et de la représentation nationale dans la voie prescrite par la constitution, donc « la loi dans le sens formel ». Cet acte n'implique pas seulement

Cette force de la loi repose donc, en première ligne, sur ce que la volonté de l'Etat est celle de la puissance publique, et, comme telle, supérieure et obligatoire pour le sujet qu'elle rencontre. C'est ce que le pouvoir législatif a de commun avec le pouvoir exécutif.

Son caractère spécial consiste dans certaines qualités juridiques que le pouvoir législatif doit avoir, de préférence sur le pouvoir exécutif, pour les faire valoir. La loi constitutionnelle a pour mission de constituer, pour toute l'activité de l'Etat, — en particulier pour l'administration, — ce que, dans l'ancien droit, la loi n'était que pour la justice. Dans ce but, le pouvoir législatif et l'acte qui émane de lui, est investi des *forces et qualités nécessaires qui, toutes, sont tirées de l'idée de l'ancienne loi.*

1° De même que l'ancienne loi sur la justice, l'acte législatif émis dans la forme constitutionnelle est placé au-dessus de toute autre activité de l'Etat, comme une volonté supérieure et juridiquement plus forte : la loi est *irréfragable.* En d'autres termes, la volonté de l'Etat, lorsqu'elle a cette origine, ne peut valablement être annulée, modifiée ou privée de ses effets par aucune autre voie ; de son côté, elle annule tous les actes déjà émis au nom de l'Etat, qui lui sont contraires. Nous appelons cette force la *préférence de la loi.*

On se sert aussi de l'expression : *force formelle de la loi.* On veut faire entendre par là, que cette force

une certaine forme observée pour le faire, mais aussi une certaine force qui lui est inhérente à cause de cette forme, spécialement la force d'imposer des règles de droit, des « lois dans le sens matériel ». Cela ne veut pas dire que chaque loi soit une règle de droit, mais c'est un lien juridique qui lie ces deux choses. Ce lien manque dans la théorie de *Laband*, où la loi constitutionnelle désigne une pure forme sans une force correspondante. Quant à la « loi dans le sens matériel », il nous semble que ce n'est pas une notion nouvelle et indépendante, mais bien une façon de parler bien connue en rhétorique, une métonymie : on appelle loi toute règle de droit parce que d'ordinaire les règles de droit sont contenues dans des lois.

Digitized by Google

s'attache à la forme de la loi, c'est-à-dire à l'origine propre à cette volonté de l'Etat, tandis que les effets matériels de la loi — parmi lesquels figure surtout la règle de droit — découlent du contenu de la volonté déclarée (8).

Cette différence n'existe pas. Les autres forces de la loi dépendent également de l'origine spéciale de cette volonté de l'Etat ; en particulier, la règle de droit légale n'est pas seulement l'effet du contenu ; elle est aussi l'effet de la forme de la loi, qui seule donne à ce contenu la force d'agir ainsi, c'est-à-dire d'être une règle de droit.

Réciproquement, la force formelle de la loi n'est pas non plus indépendante du contenu de la loi. La loi n'a que la faculté de produire cet effet ; quant au point de savoir si, dans le cas donné, elle en a fait usage ou non, cela dépend de la volonté qu'elle a déclarée. Pour que la force de la loi de poser une règle de droit se manifeste, on exige que le contenu de la loi soit *propre* à représenter une règle de ce genre, à devenir obligatoire pour les sujets à la manière d'une règle de droit. Or, il en est de même de la force formelle de la loi. Pour qu'elle produise son effet, il ne faut pas, évidemment, que la loi contienne une règle de droit ; il suffit d'une volonté quelconque tendant à un résultat juridiquement valable, un acte administratif, une procuration, etc. Cet acte émis dans la forme d'une loi prévaut alors sur toute autre manifestation de la volonté de l'Etat, qui lui serait contraire. Mais des maximes politiques, des propositions doctrinales, des définitions théoriques, même si elles sont insérées dans le texte d'une loi, ne participent pas de la force formelle de la loi, pas plus qu'elles ne sont des règles de droit. Les opinions scientifiques

(8) *Laband*, Staatsrecht., 1re édit. all., I, pp. 575 ss. (édit. franç. II, pp. 353 ss.)

émises par le législateur peuvent, à tout moment, être réfutées et renversées par le premier professeur venu (9).

Alors même que le contenu de la loi serait, par son objet, de nature à faire prévaloir celle-ci, c'est encore la loi qui dit si, dans le cas spécial, elle veut se servir ou non de cette force. Il y a, en effet, des lois qui font entendre par leur texte qu'elles ne veulent pas, comme elles le pourraient, annuler les dispositions contraires d'un acte émané d'une source moins élevée ; d'un autre côté, il y a des lois qui admettent que leurs dispositions soient modifiées par les ordres d'une autorité inférieure, des lois par conséquent qui ne veulent pas se servir de leur force dite formelle : alors cette force cesse (10).

Enfin, on ne saurait pas non plus établir de différence entre la force de la loi de créer des règles de droit et sa force formelle, en ce sens que cette dernière est attachée plus rigoureusement à la seule forme de la loi. La force de faire des règles de droit, il est vrai, peut être déléguée, de sorte que nous rencontrons des règlements et des statuts « remplaçant la loi ». Sans avoir la forme de la loi, ces actes produisent l'effet de la loi. Mais cette force même de la loi, à laquelle on veut donner le nom de force formelle de la loi, peut être délé-

(9) Nous dirons la même chose de tous les autres exemples de lois n'ayant pas de contenu obligatoire, qui se trouvent cités par *Laband*, Staatsrecht., 1re éd. all. I, pp. 567, 568 (édit. franç. II, pp. 344, 345). Elles ne sont pas plus propres à produire une force formelle qu'à produire une force matérielle. C'est ce qui a été très bien remarqué par *Jellinek*, Gesetz und Verord., p. 338. *Laband*, pour démontrer la force formelle s'est appuyé tout particulièrement sur le § 1 du Bayr. L. R. disant : « La science du droit ne consiste pas seulement dans une connaissance approfondie des droits, mais aussi dans leur application exacte ». Mais quelle force cette phrase doit-elle avoir ? Le fait que le Codex Maximilianeus l'a formulée, reste indestructible ; en ceci *Laband* a raison. Mais cette « force » appartient également au mot que j'écris ici.

(10) On trouvera des exemples dans *Laband*, Staatsrecht., 1re édit. all., I, p. 577 ; (édit. franç. II, p. 359) ; *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht., I, p. 492.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Cette réserve de la loi est indiquée, dans les chartes constitutionnelles, de différentes manières. La forme classique est l'établissement des soi-disant droits fondamentaux : droits de liberté, droits de l'homme, qui garantissent aux citoyens la liberté personnelle, l'inviolabilité de la propriété, etc., sous la réserve expresse ou tacite des atteintes que ces libertés pourront subir par la loi ou en vertu de la loi (13).

D'autres Chartes ordonnent que, sans le consentement des Etats, aucune loi touchant à la liberté et à la propriété ne pourra être émise ; elles sous-entendent que, sans une loi de ce genre, le pouvoir exécu-

force — et cela à cause de la réserve de la loi, qui est contenue dans la constitution. Du reste, *v. Sarwey* lui même reconnaît cette réserve à d'autres endroits ; comp. *loc. cit.*, p. 25. Il faut approuver sur ce point *Auschütz* dans sa polémique contre *Arndt*, dans Die Gegenwartige Theorien über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt, pp. 31 ss.

(13) Il est inexact de dire que ces droits fondamentaux sont des théories sans valeur en elles-mêmes, insusceptibles d'être mises en œuvre directement, qu'ils attendent leur « réalisation » par des « lois d'exécution » ; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 217 ; *Bornhak*, Preuss., Staatsrecht, I. p. 276. Leur valeur est de rendre nécessaire une loi si l'on veut faire quelque chose. Ainsi, considérons la règle de la constitution : la liberté personnelle est garantie. Cela veut dire qu'il faut une loi qui autorise l'arrestation, pour qu'on puisse y procéder ; sans cela, elle ne peut pas se faire. Cette loi, il est vrai, ne nous semble pas mériter d'être désignée comme « réalisation » des droits fondamentaux et comme « loi d'exécution » de ces droits. *Arndt*, Verord. Recht des Deutsch. Reichs, p. 67, a complètement méconnu la portée des droits fondamentaux : d'après lui il s'agirait simplement d'empêcher que, pour la sphère réservée, des règles de droit se fassent autrement que par la voie de la législation. Mais il est beaucoup plus important d'exclure ici les voies de fait qui pourraient y porter atteinte sans être autorisées par une loi ; et c'est ce qui est visé en première ligne. En parcourant la déclaration des droits de l'homme et toutes les listes ultérieures de droits fondamentaux, on peut être frappé de ce fait qu'on n'y trouve aucune réserve, au sujet des atteintes graves qui peuvent être portées aux droits individuels par la justice, en tant que celle-ci prononce des déchéances et des condamnations, ou ordonne des mesures d'exécution. La raison en est que, pour ces Déclarations la nécessité d'une autorisation par la loi est supposée comme allant de soi La nouvelle organisation de l'Etat, comme nous l'avons vu ci-dessus § 5, ne vise que l'administration. Pour la sphère de la justice, ces réserves sont « inhérentes » à la loi.

tif ne doit pas non plus porter atteinte à ces libertés (14).

Il y a des Constitutions modernes qui vont encore plus loin et qui ne parlent pas du tout d'une telle réserve ; à leur tête, il faut citer la Constitution de l'Empire allemand. On n'y établit pas de droits fondamentaux ; on ne dit pas pour quelles matières une loi est nécessaire. Quelle en est la conséquence ? Personne ne doute que la puissance de l'Empire ne peut pas contraindre, ni imposer des charges, ni porter atteinte à la liberté et à la propriété des sujets autrement qu'en vertu d'une loi. Les principes du droit constitutionnel sont si bien entrés dans notre manière de penser, qu'on n'a plus besoin de le dire d'une manière explicite. Lorsque la Constitution de l'Empire, art. 5, dit : « La législation de l'Empire est exercée par le Bundesrath et le Reichstag de l'Empire », nous savons tous que cela signifie : l'acte constitutionnel par lequel le Bundesrath et le Reichstag de l'Empire expriment leur volonté commune a seul la force de porter atteinte à la liberté et à la propriété (15).

La force spéciale de la loi — de pouvoir agir dans la sphère réservée — est la seconde attribution du pouvoir législatif. Ce que nous venons de dire de la préférence de la loi, s'applique également à cette autre manifestation de sa force. Cette force s'attache à l'origine particulière de la volonté de l'Etat comme une qualité, une faculté de celle-ci. Quant à savoir si, dans le cas spécial, elle produit ou non son effet, cela dépend du contenu de la volonté de la loi. Lorsque, par exemple,

(14) Charte const. Bav., tit. VII, § 2 ; Saxe-Weimar, § 4, chiff. 2.

(15) *Laband*, Staatsrecht, édit. all., I, p. 684 ; édit. franç., II, p. 526 comble la lacune en invoquant « l'Etat moderne civilisé » et le « caractère du *Rechtsstaat* ». Comp. *v. Sarwey*, All. Ver. Recht, p. 25. Les constitutions de Lübeck et de Schaumbourg-Lippe, comme celle de l'Empire, n'établissent pas au profit de la loi de réserves expresses. Ici le mot « loi » suffit également pour constituer les réserves qui y sont ordinairement attachées.

la loi ordonne que chacun a le droit d'exiger, de l'administration des postes, l'expédition de ses lettres, la réserve de la loi n'est pas en question, et ce côté de la force de la loi reste caché. Dans le second point aussi, il y a conformité avec ce qu'il y avait à dire de la préférence de la loi ; cela devient ici d'importance spéciale : la loi peut déterminer elle-même les atteintes qui lui sont réservées ; mais elle peut aussi faire usage de cette force en la *déléguant*, pour certains cas, au pouvoir exécutif, au gouvernement et à ses fonctionnaires. Ce sont les *autorisations de la loi*, comme on les appelle, autorisations dont le gouvernement a besoin pour commander, imposer des charges, et, d'une manière générale, pour tout ce qui se traduit par une atteinte à la liberté ou à la propriété.

3° La loi civile et la loi criminelle de l'ancien régime établissent les règles générales, les règles de droit qui obligent les individus et qui sont appliquées par les autorités judiciaires. De même, la loi constitutionnelle est investie de la faculté de faire des règles de droit, d'une manière générale, y compris la sphère de l'administration. Nous appelons cela la *force obligatoire de la loi*. Encore à cet égard, la plupart des chartes constitutionnelles restent muettes. Aux termes de loi, législation, puissance législative s'attache directement l'idée de faculté de faire des règles de droit. Nous soumettrons la nature de cette force de la loi — qui est la plus importante — à un examen plus détaillé dans le § 7 ci-dessous.

Quant à l'emploi que la loi fait de cette faculté, il en est comme pour les deux autres. Elle peut être déléguée, ainsi que le prouvent le pouvoir réglementaire et l'autonomie. Il peut, d'un autre côté, résulter du contenu de la volonté déclarée par la loi, qu'il n'en a pas été fait usage dans ce cas.

Partout, nous voyons apparaître dans la loi la puis-

Digitized by Google

[illegible] of the Continuum, Cantor's Continuum Hypothesis, and the Axiom of Choice. Cantor's Continuum Hypothesis, which asserts that there is no set whose cardinality is strictly between that of the natural numbers and that of the continuum, is independent of the other axioms of set theory. Cantor's Continuum Hypothesis is equivalent to the assertion that every set of real numbers is either countable or has the cardinality of the continuum. Cantor's Continuum Hypothesis is also equivalent to the assertion that every set of real numbers is either countable or contains a perfect set. Cantor's Continuum Hypothesis is also equivalent to the assertion that every set of real numbers is either countable or has the Baire property. Cantor's Continuum Hypothesis is also equivalent to the assertion that every set of real numbers is either countable or has the Lebesgue measure property. Cantor's Continuum Hypothesis is also equivalent to the assertion that every set of real numbers is either countable or has the Borel

pour le sujet qu'elle rencontre. Mais ses qualités particulières s'opposent à celles du pouvoir législatif; il ne s'agit pas ici de préférences juridiques, ni d'une efficacité spéciale ; ce qui fait le caractère spécial de cette partie de la puissance publique, c'est qu'elle n'est pas essentiellement libre et souveraine : elle peut être liée juridiquement ; elle peut être tenue de respecter certaines limites et de suivre les voies qui lui sont indiquées. De même que les qualités spéciales du pouvoir législatif sont tirées de la situation qu'avait la loi ancienne dans la justice, de même le pouvoir exécutif a les qualités correspondantes à la situation des autorités judiciaires ; en d'autres termes, il est dans une certaine subordination, dans une certaine dépendance juridique. Cette qualité spéciale du pouvoir exécutif, nous l'avons déjà indiquée en constatant la préférence, la réserve et la force obligatoire de la loi ; elle n'en est que le corrollaire nécessaire. Mais il faut maintenant compléter ces notions ; ce n'est pas seulement par la force de la loi, que le pouvoir exécutif se trouve limité et lié ; il est encore soumis à des dépendances semblables qui viennent de différents côtés et qui dérivent toutes du modèle de la justice.

Tout d'abord, le pouvoir exécutif doit obéir, comme la justice, à *toute règle de droit*, quelle que soit la source où elle prend son origine ; nous parlerons de ces différentes sortes de règles dans le § 10 ci-dessous.

De plus, le pouvoir exécutif est, d'après le modèle de la justice, lié par le *droit individuel* qu'il rencontre, en particulier, par celui qui appartient à la sphère du droit public ; il doit l'observer et le protéger ; comp. le § 9, III, n. 1 ci-dessous.

Enfin, le pouvoir exécutif, dans l'administration comme dans la justice, est lié par le jugement qu'il a

rendu, par chaque *déclaration d'autorité* où il a dit lui-même ce qui doit être de droit pour le cas individuel ; la théorie de l'acte administratif (§ 8 ci-dessous) nous fournira l'occasion d'exposer ceci plus clairement (17).

Tout ceci existe et se pratique ; ce sont des faits incontestables que nous nous réservons de reprendre en détail. Mais d'où cela vient-il ? Comment se fait-il que l'Etat puisse être lié de cette manière et lié juridiquement ? En effet, l'inobservation de ces liens constitue une illégalité et une violation du droit. Ce n'est pas simplement un *devoir professionnel* des fonctionnaires ; sans quoi, ceux-ci pourraient en être dispensés par l'ordre de leur supérieur ; il faut dire, d'une manière tout à fait générale, que quiconque agit au nom de l'Etat ne le fait d'une manière licite qu'en observant ces règles.

Il ne s'agit pas, comme on a voulu le dire, d'une *fonction* de l'Etat, d'une certaine manière d'agir qu'il se propose de suivre et dans laquelle il suit en principe ces règles. Il serait alors libre de ne pas choisir cette fonction ; la nécessité juridique resterait inexpliquée.

Ce qu'il y aurait de plus simple, ce serait de dire : il y a une règle de droit qui ordonne qu'il en soit ainsi. Mais où est cette règle de droit ? Si nous insistons, nous pouvons être sûrs de la réponse : c'est du droit coutumier — c'est le moyen bien connu d'éviter des explications gênantes.

Dans tout cela, il n'y a que des textes. Il faut l'avouer franchement, nous n'avons pas de titre à invo-

(17) *L. V. Stein*, Verw. Lehre, I. 1 (2e éd.) pp. 47 ss. énumère les différentes formes dans lesquelles le pouvoir exécutif peut être lié juridiquement et en compose un système. Dans son Handbuch der Verw. Lehre (3e éd.) p. 112, l'ensemble de ces formes constitue même une espèce de procédure, parallèle à la procédure judiciaire. Comp. *Haenel*, Staatsrecht., I. pp. 123 ss. ; p. 201.

quer ; à notre avis, il va tout naturellement de soi que le pouvoir exécutif soit lié de cette manière. Pourquoi cela va-t-il de soi ? Cela s'explique uniquement par le grand principe qui forme la base de tout notre droit public, le principe de la séparation des pouvoirs.

Pour qu'un droit public soit possible, il faut que la puissance publique puisse être liée dans les formes du droit, tout en restant la puissance souveraine qu'elle est par sa nature. La séparation des pouvoirs est le moyen d'atteindre ce double but : le pouvoir législatif garde la souveraineté absolue, le pouvoir exécutif est là pour représenter le côté de l'Etat par lequel il peut être lié. C'est une idée semblable à celle qui inspirait l'ancienne doctrine du fisc ; seulement, à la place d'une fiction artificielle de deux personnes morales distinctes, on met ici une organisation ingénieuse de la puissance de l'Etat un ; au lieu d'une extension exagérée des règles du droit civil, nous avons ici pour résultat la création d'un droit administratif public.

Donc, aussitôt que le pouvoir législatif est établi à l'état distinct, le principe est également établi, comme allant de soi, que le pouvoir opposé peut être lié juridiquement ; c'est pour lui une qualité avec laquelle il est né. Les détails même de cette qualité sont donnés : de même que les Constitutions n'ont pas besoin d'être explicites pour attribuer à la loi ses forces spéciales, l'idée générale de la séparation des pouvoirs y suppléant,— de même il n'est pas nécessaire d'indiquer les différentes manières dont le pouvoir exécutif est susceptible d'être lié juridiquement : le modèle de la justice les détermine d'une manière suffisante et immuable. Lorsqu'une charte constitutionnelle se borne à dire que « le pouvoir législatif ou même la législation est exercée par le prince avec le consentement de la représentation nationale », cela comprend tout le système, tel que nous venons de l'exposer.

Ce que nous avons dit de l'effet pratique des qualités spéciales de la loi s'applique également à celles du pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif ne signifie pas que ces qualités produisent leur effet dans tout ce que fait le pouvoir exécutif. Il faut considérer le contenu de son acte pour voir dans quelle mesure ces qualités trouvent l'occasion de se manifester. S'il rencontre la préférence ou la réserve de la loi, le pouvoir exécutif subit une limitation ; s'il tombe dans la sphère d'une règle de droit, d'un jugement ou d'un acte administratif, d'un droit individuel, il est lié juridiquement. Il se peut qu'il agisse dans une sphère qui est restée libre ; alors ses qualités spéciales n'apparaissent pas. Mais, dans ce cas même, il conserve toujours sa qualité générale d'être la puissance publique dont la volonté est supérieure et obligatoire pour le sujet qu'elle rencontre (18).

(18) D'après *L. V. Stein*, dans son Verw. Lehre I, (1re éd.) p. 6, le pouvoir exécutif ne devait être que « l'organisme de la possibilité de l'activité ou la force en soi », par opposition à l'administration dont les fonctions s'adaptent à ses objets. Mais l'auteur ne tient pas ce que cette définition promet, il reste dans les généralités, et dans la 2e éd. cette définition est presque effacée.

La nouvelle doctrine, qui distingue la loi dans le sens formel et la loi dans le sens matériel, a eu son contre coup sur la notion du pouvoir exécutif. On donne au pouvoir exécutif un sens « formel » et on le caractérise exclusivement par l'origine spéciale de la volonté de l'État (*Laband*, St. R., 1re édit. all., I, p. 674, édit. franç., II, p. 508 ; *Bornhak*, Preuss. St. R., I, pp. 433, 434). Nous dirons ce que nous avons déjà dit de la loi dans le sens formel (note 5 ci-dessus) ; l'origine en dehors des formes de la loi est essentielle, mais de cette origine dépend la manifestation d'une volonté de l'Etat ayant des qualités juridiques déterminées. Il y a ici également dans la notion formelle, un élément qui vise l'effet à produire par cette volonté et qu'il ne faut pas ignorer. *Hænel*, adversaire de cette distinction, de même qu'il réclame pour tout acte émis dans la forme d'une loi la qualité d'être une règle de droit, applique ce même système à l'« exécution », opposée à la loi. La volonté de l'Etat, qui y apparaît est nécessairement liée : « Il faut, pour chaque acte de l'Etat, qui appartient à l'exécution, qu'il puisse se démontrer comme autorisé par la loi et par conséquent comme réglé par celle-ci » (Gesetz in form. und mat. Sinne), p. 497. De cette manière, il ne s'agit plus d'un pouvoir, mais d'une fonction. *Haenel* veut bien comprendre, sous le mot exécution, toutes les fonctions de l'Etat qui ne sont pas de la législation. Mais de même que les lois qui ne sont pas des règles de

En outre, il est possible que l'action de l'Etat sorte tout à fait de la sphère de la puissance publique et tombe sous le régime du droit civil ; cela complète le système du droit public, mais cela n'en fait pas partie.

droit ne trouvent pas de place dans son système (*Cf.* note 7 ci-dessus), de même ici tous les actes du pouvoir exécutif qui ne sont pas liés juridiquement et qui cependant existent, tombent dans le vide.

Digitized by Google

§ 7

La force obligatoire de la loi administrative

Le pouvoir exécutif, d'après la Constitution, émane du prince seul. Par des délégations et des démembrements, son exercice est réparti entre de nombreux détenteurs secondaires. L'activité administrative qu'ils développent au nom de l'Etat est réglée par les devoirs de la fonction et par des instructions expresses ; de cette manière est déterminé en même temps ce qui, par elle, doit arriver au sujet. Il en était ainsi déjà sous l'ancien système. Mais aujourd'hui la loi relative à l'activité qui poursuit les buts de l'Etat, la loi administrative, intervient dans ces rapports et y exerce la force obligatoire qui lui est propre.

I. — La force obligatoire de la loi repose, comme toute la nouvelle organisation du régime du droit, sur une imitation des institutions de la justice. En quoi le rôle que la loi remplit dans la justice pouvait-il servir ici de modèle ? Au premier abord, il semble que la loi civile et la loi criminelle se comportent d'une manière assez différente ; cependant, elles ont, justement dans le point qui nous intéresse, une idée fondamentale commune, et c'est cette idée qui va nous guider.

Quand le droit civil règle les rapports des individus entre eux, il semble que la puissance publique ne soit pas touchée directement par ces ordres. Mais, en réalité, le droit civil n'a le caractère de droit que parce qu'il lie également le juge. La loi civile règle toujours *deux sortes de rapports* à la fois : le rapport

des individus entre eux, et le rapport entre les individus et la puissance publique. Quand elle dit : telle et telle circonstance étant données, l'un doit livrer la chose à l'autre, elle dit en même temps : le juge doit, dans les mêmes circonstances, contraindre l'un à la livraison, aider l'autre à recevoir la chose. Ainsi, au rapport de droit civil entre les intéressés s'attachent deux rapports de droit public correspondants, rapports qui existent entre les intéressés d'une part et le pouvoir judiciaire de l'autre. La procédure civile donne les formes dans lesquelles ces derniers rapports doivent produire leur effet.

Ainsi, la loi civile a, du même coup, donné aux intéressés une détermination de droit public, constitué pour eux un devoir et un pouvoir vis-à-vis de la puissance publique, et obligé le tribunal à réaliser ce devoir et ce pouvoir. Quand le tribunal remplit cette obligation, il observe à la fois les rapports de droit public et le rapport de droit civil dont ils dépendent (1).

La loi pénale procède de tout autre façon. Elle ordonne : celui qui aura commis telle ou telle action sera puni de telle ou telle manière. Elle commence donc par obliger le pouvoir judiciaire à appliquer, dans les dites circonstances, la dite peine, ni plus, ni moins ; la procédure criminelle donne les formes dans lesquelles cette obligation produit son effet. Encore, la loi criminelle ne se borne-t-elle pas à mettre en mouvement et à diriger l'activité du pouvoir judiciaire. Aussitôt que le crime est commis, elle produit son effet sur la personne du coupable, elle lui imprime

(1) Dans ce sens, *Thon*, Rechtsnorm, pp. 8 ss. : le droit privé lui aussi consiste « en première ligne dans le réveil de nouveaux impératifs pour les organes de l'Etat auxquels la justice civile est confiée » p. 10). Cette seconde série d'impératifs, d'après *Bülow*, Prozesseinreden (p. 1-3), signifie « un rapport de droit public entre le tribunal et la partie ».

Digitized by Google

une qualité juridique correspondante, celle d'être punissable : le coupable doit subir la peine prévue, ni plus, ni moins. C'est pour cela que la condamnation fait au coupable son droit, c'est pour cela qu'une peine plus dure lui cause grief (2).

Ici tout est droit public, tout est rapport entre le sujet et la puissance publique. Mais, si l'on va au fond des choses, on voit que la valeur juridique de cette seconde forme est la même que celle de la loi civile, en tant qu'elle produit son effet de droit public : dans l'un et dans l'autre cas la règle a un double effet ; elle donne au sujet une détermination juridique de ce qu'il doit ou de ce qu'il peut ; elle crée, en même temps, une obligation de l'autorité vis-à-vis du sujet de le traiter de cette manière. Nous appelons le premier effet son *effet extérieur*, le second son *effet intérieur* ; dans la justice, la règle de droit a toujours les deux effets à la fois.

La *loi administrative* ne signifie pas autre chose que l'application à l'administration de cette forme de produire un effet juridique. Cela d'ailleurs ne va pas de soi, et cela n'a pas toujours existé. Quand nous avons parlé du régime de la police (§ 4, II ci-dessus), nous avons montré comment la puissance souveraine s'efforçait alors de porter, dans l'administration, la règle et l'ordre. La forme, c'est l'instruction donnée aux fonctionnaires. L'instruction n'a qu'un effet intérieur ; le fonctionnaire est obligé de l'observer. L'individu n'est pas touché par cette instruction ; il est seulement touché par la mesure qui est prise ensuite contre lui par le fonctionnaire. Cette mesure peut s'écarter de l'instruction, soit que le fonctionnaire ait reçu un ordre spécial contraire, soit qu'il ait jugé bon de s'en écarter dans

(2) *Binding*, Strafrecht, I, p. 191 : « La loi pénale est... la fixation d'un rapport juridique entre le détenteur du droit de punir et le coupable ».

l'intérêt bien compris de son maître. L'instruction n'a pas donné au sujet une détermination juridique vis-à-vis de la puissance publique. Même dans le cas où des règlements de finances ou de police ont été publiés afin que les sujets puissent s'y tenir, les règlements ne lient les autorités que comme des instructions et avec toute la latitude que celles-ci leur laissent ; cette prétendue loi — à laquelle du reste on refuse quelquefois ce nom : cf. § 4, note 9 ci-dessus — ne donne aux sujets aucune situation juridique vis-à-vis de l'Etat ; elle a plutôt la valeur d'un simple avertissement. Comme telle, elle a bien un côté extérieur ; mais celui-ci ne correspond pas nécessairement à un côté intérieur identique, ni à la mesure effective qui en résulte. Ce n'est que la loi administrative du droit public moderne, qui, produisant son effet simultanément des deux côtés et unissant ces deux effets par un lien nécessaire, crée des règles de droit pour l'administration même (3).

La loi administrative n'a pas besoin de formuler expressément ces deux côtés de la règle qu'elle pose. Les lois civiles et pénales ne le font pas non plus. Il suffit de désigner l'un ou l'autre côté ; la nature de la règle de droit ajoute le complément nécessaire. Quant à dire lequel des deux côtés figure dans le texte de la loi, c'est là une question de fait : on choisira celui qui semble désigner plus simplement et plus directement l'ordre de choses voulu (4).

II. — La manière dont la loi civile crée le régime

(3) *Ihering*, Zweck im Recht, I, p. 333 ss. fait un excellent tableau de ces contrastes ; partant du commandement du despote avec son effet unilatéral, il arrive (p. 344) à définir ce que signifie la loi dans le *Rechtsstaat* : « Le droit, dans le sens plein et entier du mot, c'est la force de la loi bilatéralement obligatoire ».

(4) Spécialement, le commandement (Norm) que la loi adresse au sujet contient toujours à la fois le « devoir » correspondant de l'autorité. *Ihering*, Zweck im Recht, I, p. 367 ; *Binding*, Strafrecht, I, 165, note 27 ; *Haenel*, Gesetz im form. u. mat. Sinne, p. 196.

du droit entre les individus nous est toujours la plus familière : les intéressés sont égaux entre eux, la loi est placée au-dessus d'eux comme puissance neutre et supérieure ; elle leur impose sa réglementation par son commandement. Bon nombre de juristes se font la même idée de l'effet de la loi administrative. Et cependant, la chose est ici toute différente.

1°). Dans la justice, la loi commande tant aux individus qu'au tribunal ; des deux côtés on est *soumis à la loi*. Mais aussitôt qu'on sort de cette idée générale de la subordination, l'identité cesse. On ne saurait dire que la loi régit de la même manière le tribunal et l'individu. A celui-ci elle commande, elle détermine son sort juridique, fixe d'autorité les conditions de son existence. Le tribunal au contraire est lui-même un détenteur de la puissance publique, il est la *viva vox legis* ; il est placé à côté de la loi ; il possède, à un degré inférieur, la même puissance que la loi. La loi ne règne pas sur lui comme sur le sujet ; elle le *dirige* comme un collaborateur subordonné. En principe, l'administration est, vis-à-vis de la loi, dans la même situation que la justice. La direction que la loi lui donne n'a sans doute pas cette uniformité stricte ; elle lui laisse beaucoup plus de liberté d'action ; mais cela ne l'empêche pas d'être une direction de même nature.

Pour la justice, la loi a toujours prévu ce qui doit se faire ; elle contient, pour chaque cas individuel, la détermination de ce qui, pour ce cas, est de droit. Il ne reste au tribunal qu'à prononcer expressément ce que la loi a voulu. Le tribunal ne fait que l'*application de la loi*. Son appréciation, s'il y a lieu, ne tend qu'à adapter la volonté de la loi aux particularités des faits.

L'administration ne peut pas être liée partout d'une manière aussi complète : il y a ici une grande variété.

La loi peut déterminer son activité aussi strictement que celle de la justice, de sorte qu'en réalité l'administration ne fera qu'*appliquer* la loi. Elle peut, tout en fixant strictement ce qui doit être, en faire *dépendre la réalisation*, dans le cas particulier, *de la volonté de l'administration* à qui elle laisse toute liberté pour décider si la mesure doit être prise ou non. Elle peut statuer d'une manière incomplète, de sorte que ce qui doit être a besoin d'être *complété* par l'administration qui, le cas échéant, ajoute librement ce qui manque pour achever la volonté de l'Etat (5).

Il se peut même que la loi, au fond, ne décide rien du tout, mais donne à l'administration une *autorisation générale*, celle de pourvoir, pour un certain objet ou pour un certain cercle d'affaires, à ce qui lui semble nécessaire et convenable dans l'intérêt public qui lui est confié (6). Cela a lieu dans le cas où il s'agit de la sphère réservée à la loi ; l'administration est alors laissée libre de prendre la mesure ; elle reçoit, en même temps, une direction vers un but déterminé.

Il est inexact de prétendre que l'administration, là où elle n'a qu'à appliquer la loi, remplit un devoir, mais que là où une certaine latitude lui est laissée, elle exerce un droit comparable aux pouvoirs que donne le droit civil ou aux anciens droits de supériorité. A ce compte, le pouvoir d'appliquer la loi mériterait tout aussi bien d'être appelé un « droit » ; tout ce que fait l'administration, même en dehors de l'application pure et simple, pour réaliser, compléter,

(5) On trouvera des exemples de ces différentes formes de commandements de la loi dans le Code industriel (Gewerbeordnung), § 57, §§ 68 et 56 c, § 24.

(6) En ce sens la loi Alsacienne-Lorraine du 30 décembre 1871, § 10 (le fameux « paragraphe de la dictature » qui, heureusement, a disparu aujourd'hui), va jusqu'à la dernière extrémité, en autorisant le président supérieur « à prendre toutes les mesures qu'il jugera nécessaires » pour maintenir l'ordre public. Du reste l'Allg. Landrecht, II, 17 § 10 n'en diffère pas beaucoup.

remplacer la volonté de la loi, est sous la direction plus ou moins étroite de celle-ci ; elle doit en suivre les intentions et en respecter le sens ; elle doit ainsi exercer ses pouvoirs, non pas comme un propriétaire, mais comme une servante de la loi. Le caractère du rôle de l'administration, tel qu'il résulte de cette dépendance juridique, est désigné par la notion de l'*exécution* (*Vollziehung*). L'exécution, c'est l'action de l'administration conforme à la direction plus ou moins étroite que la loi lui donne. La justice applique la loi, l'administration l'exécute ; voilà comment s'exprime la différence d'effet de la force obligatoire de la loi pour l'une et pour l'autre (7).

N'oublions pas que, pour l'administration, existe la possibilité d'agir en dehors de la sphère de l'exécution, en dehors de toute direction de la part de la loi. Tel est le cas toutes les fois qu'il n'y a pas de loi en la matière et lorsqu'il ne s'agit pas de la sphère réservée.

2°). Qui, de cette façon, est lié par la loi ? Les expressions dont nous nous sommes servi jusqu'ici : administration, autorité, puissance publique, pouvaient suffire provisoirement, quand il s'agissait seulement de faire apparaître la forme extérieure de cette obligation. Maintenant nous devons montrer plus exactement le point où cette obligation s'attache.

La direction dans laquelle il faut chercher la

(7) *Haenel*, Staatsrecht, I, p. 122, se sert des termes « Unterordnung » (soumission) et « Einordnung » (accommodation) pour exprimer que l'exécution comprend non seulement l'application de la loi, mais aussi une action selon la loi, ce qui est plus libre. *v. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, pp. 22 et 23, après une métaphysique un peu singulière, arrive enfin au même résultat pratique. *Jellinek*, Gesetz u. Verordnung, p. 221, veut comprendre, parmi les obligations qui caractérisent l' « exécution », celles résultant des instructions qu'on donne aux fonctionnaires. Mais l'instruction, n'ayant pas d'effet direct sur le sujet, ne nous regarde pas ici ; on lui obéit, mais on ne l'exécute pas comme la loi.

réponse est donnée par le but vers lequel tend toute cette organisation. Il s'agit, dans l'administration, des rapports entre l'Etat et le sujet. La loi administrative est appelée à y introduire le droit et l'ordre juridique. C'est au sujet que cela doit profiter ; par conséquent, l'obligation, que nous cherchons, doit être une obligation de l'*Etat*. Ainsi, nous voyons proclamer la maxime : l'Etat, dans son activité, est lié par la loi. Que cela touche les représentants de l'Etat, ceux qui exercent en son nom cette activité, ce n'est là qu'une conséquence.

D'ailleurs on ne saurait méconnaître que ce qui agit dans la loi, c'est encore l'Etat, c'est lui qui y exprime sa volonté. On arrive donc à dire que le principe de la force de la loi est que, dans cette forme, l'Etat *se lie lui-même* (*Selbstbindung des Staates*) (8). Il y aurait là un fait mystérieux, article de foi plutôt qu'objet de raisonnement. C'est qu'en effet, dans un seul et même être — que, d'après cette doctrine, l'Etat doit cependant représenter — il ne peut pas logiquement y avoir de relations juridiques par lesquelles il s'obligerait.

La résistance que cette doctrine n'a pas manqué de provoquer, a conduit à chercher ailleurs le sujet passif de cette obligation. Ce n'est pas l'Etat, a-t-on dit, qui est lié ; car « on ne peut pas commander à soi-même » ; ce sont plutôt les différents individus qui exercent pour l'Etat l'activité publique. C'est à eux que le commandement de la loi s'adresse (9). La logique,

(8) *Jellinek*, Staatenverbindungen, pp. 30 ss. ; *Arndt*, Verordnungrecht, p. 3 ; *Grotefend*, Preuss. Verw. Recht, I, p. 19 ; *Thon*, Rechtsnorm, p. 141 ; *Binding*, Normen, I, p. 13 ; *Ihering*, Zweck im Recht, I, p. 222. — Contre cette doctrine : *Zorn*, dans Annalen, 1884, p. 475, note 1 ; *Gareis*, Allg. Staatsrecht, p. 30.

(9) *Laband*, Staatsrecht, 1re édit. all., I, p. 579 (édit. franç., II, p. 362). « Aussi ces lois ne sont-elles pas, en effet, des ordres adressés au pouvoir de l'Etat, mais des ordres émanant de ce pouvoir et adressés aux autorités, aux fonctionnaires et autres corps, aux personnes investies de fonctions publiques ». De même *Seligmann*, Staatsges., pp. 98 ss. ; *Bierling*, Krit. d. jurist. Grundbegr., I. p. 334.

à coup sûr, ne s'opposerait pas à cette solution ; mais elle laisse complètement de côté le problème en question. Par les commandements qu'elle adresserait aux fonctionnaires, la loi, à la manière d'une instruction ministérielle, créerait des obligations personnelles entre l'Etat, que la loi représente souverainement, et ses représentants inférieurs. Les rapports entre l'Etat et le sujet resteraient intacts. Et c'est cependant la loi qui doit régler directement ces rapports à la manière du droit. Ainsi, cette seconde solution est plus loin encore que la première des faits à expliquer.

Cette prétendue obligation de l'Etat par soi-même n'est qu'une expression maladroite. La doctrine ne trouve pas le mot, parce qu'elle ignore le principe de la séparation des pouvoirs, principe sur lequel repose toute notre organisation de droit public. Cette théorie ne signifie pas, comme elle en a l'air, une obligation absolue de l'Etat. On fait toujours, expressément ou tacitement, une exception au profit d'une certaine forme de la volonté de l'Etat, à savoir la loi elle-même. La loi n'est pas liée par la loi, cela va sans dire. Et on entend ici par loi tout acte de l'Etat qui a pris naissance par la voie de la législation (loi dans le sens formel). Ce n'est autre chose qu'une manifestation du pouvoir législatif. Ce dernier pouvoir est donc libre. Ce qui doit être lié, c'est toute volonté de l'Etat apparaissant sous une autre forme, quelle qu'elle soit. Disons simplement : ce qui doit être lié, c'est le pouvoir exécutif ; car c'est lui qui se présente comme opposé au pouvoir législatif (10). Le pouvoir exécutif, il est vrai, est lui-

(10) La preuve que *Laband* lui-même a le sentiment qu'il pourrait être question ici de la séparation des pouvoirs, c'est qu'il place dans la discussion de cette matière (Staatsrecht, 1re édit. all., I, p. 579, édit. franç., II, p. 362) sa protestation énergique contre cette doctrine ; plus loin (1re édit. all., I, p. 591, édit. franç., II, p. 380), il s'en rapproche sensiblement en disant que l'importance de la loi est « de lier l'administration comme telle, c'est-à-dire l'Etat dans sa fonction administrative ». Cela ne serait-il pas le pouvoir exécutif? — *Thon*, Rechtsnorm, p. 141, a

même l'Etat; dès lors, on peut dire que la loi lie l'Etat ou que l'Etat se lie soi-même. L'expression n'est incompréhensible et contradictoire qu'autant qu'on ignore la séparation des pouvoirs.

Du fait que le pouvoir exécutif est lié découlent toutes les obligations correspondantes que nous constatons pour ses différents organes. Ces obligations lui incombent partout où le pouvoir exécutif se manifeste. Toutes les compétences dans l'administration sont des fragments du pouvoir exécutif. La délimitation des compétences détermine en même temps le cercle des obligations que le pouvoir exécutif doit remplir vis-à-vis de la loi. Mais, malgré cette distribution, le pouvoir exécutif continue toujours à former un tout ; et son obligation fait sentir son effet à tous les degrés par lesquels peut passer une affaire, du degré le plus bas jusqu'au chef de l'Etat. Aucun membre de la hiérarchie ne peut s'en écarter sans agir illégalement, c'est-à-dire sans violer le droit (11).

très bien remarqué la connexité de ces idées : « C'est seulement la distribution des différentes fonctions de l'Etat à des organes distincts, spécialement la séparation du pouvoir législatif du pouvoir gouvernemental, qui rend possible que cette décision prise et publiée par certains organes de l'Etat contienne en même temps un impératif pour l'autre partie chargée de l'exécution ». — Comp. aussi *v. Sarwey*. Allg. Verw. R., pp. 20, 21, 33.

(11) Cette obligation, naturellement, n'apparaît pas chez tous les détenteurs (« organes ») du pouvoir exécutif à la fois et de la même manière ; cela varie suivant la façon dont leurs fonctions les mettent en contact avec la loi : les uns doivent exécuter la loi, les autres, dont la compétence en fournirait l'occasion, ne doivent pas la contrecarrer, d'autres encore n'y ont rien à voir du tout. — Par un acte de grâce royale, il fut fait remise à M. v. Lucius, ministre prussien, du droit de timbre légal. La validité de cet acte ayant été mise en doute, on se donna une peine inutile à chercher, dans les articles de la Constitution, une défense à cet égard. Au Landtag on invoqua l'art. 62 ; l'art. 101 aussi devait être applicable. *Bornhak*, dans Arch. f. Œff. R. se base sur l'art. 100 ; *Joël*, dans Annalen, 1891, pp. 417 ss. sur l'art. 104. *Laband*, dans Arch. f. Œff. R., VII, p. 169, fait bon marché de tout cela. Il expose la seule argumentation par laquelle la validité de cet acte puisse être contestée ; il s'agit de la force obligatoire de la loi, qui est de droit, quoiqu'il n'en soit parlé dans aucun article de la Constitution. Les règles de droit, explique-t-il, sur lesquelles les

Digitized by Google

3°). Nous avons enfin à nous demander : *vis-à-vis de qui* cette obligation existe-t-elle ? Qui peut l'invoquer ? Qui peut s'en prévaloir ? Il y a une contrepartie dans deux directions ; l'effet en est différent dans l'une et dans l'autre de ces directions.

L'obligation existe, en première ligne, vis-à-vis de la loi. La loi n'est pas une personne ; mais la représentation nationale qui a contribué à faire la loi est appelée, par cela même, à insister auprès du gouvernement pour qu'il la fasse observer dans la mesure où cela dépend de lui : dans ce but, elle peut se servir de l'interpellation, de la plainte, du blâme, de la mise en accusation formelle (12). Mais tout cela rentre dans la sphère du droit constitutionnel ; nous n'avons pas à nous en occuper ici.

D'autre part, la force de la loi, qui lie le pouvoir exécutif, produit son effet *au dehors*. Elle détermine en même temps la situation juridique du sujet et fixe son rapport avec l'Etat. Car ce n'est pas le pouvoir exécutif, c'est l'Etat dont il est question dans ce rapport. En obligeant le pouvoir exécutif à une certaine conduite vis-à-vis du sujet, la loi dit ce qui doit être de droit entre ce dernier et l'Etat.

Lorsque la loi ordonne au sujet de livrer, de faire, de ne pas faire une chose, cela implique des *devoirs* vis-à-vis de l'Etat, devoirs à l'accomplissement desquels le sujet doit être *contraint*, s'il y a lieu, par le pouvoir

contributions reposent, sont *jus cogens* ; les lois d'impôts créent, pour les autorités, non seulement l'autorisation, mais aussi le devoir de percevoir ces impôts ; les lois de finances, à cet égard, ressemblent aux lois pénales. La remise de l'impôt par un acte de grâce a ceci de particulier, qu'elle empêche, pour le cas individuel, l'exécution de la disposition légale (p. 189). Si le roi avait à prendre part à cette exécution par une activité propre, il aurait à remplir le simple devoir d'exécution ; dès lors, il devait au moins ne pas empêcher l'exécution — sauf le cas où il y aurait pour lui un droit spécial. *Laband* affirme qu'un droit pareil existe. C'est là une autre question ; nous y reviendrons en traitant des contributions.

(12) *Haenel*, Ges. im form. u. mat. Sinne, p. 157.

exécutif. Si la loi ordonne à l'Etat et au profit du sujet, de livrer, de faire ou de ne pas faire une chose cela implique un *droit* du sujet, ou tout au moins un *intérêt légitime*, pour la protection duquel des *moyens de droit* peuvent être mis à la disposition du sujet et qui lui assurent l'intervention à son profit du pouvoir exécutif. Par l'inobservation de la loi, un *tort* est causé au sujet, tort dont le fonctionnaire est responsable envers lui. Ainsi, la force obligatoire de la loi attribue au système des rapports entre l'Etat et le sujet toutes les particularités que nous avons l'habitude de trouver dans un ordre juridique très développé (13).

III. — L'obligation du pouvoir exécutif, dont nous venons d'expliquer la nature, est créée par *toute règle de droit* qui peut devenir applicable à son activité, spécialement aussi par le droit coutumier, en tant qu'il peut se former ici. C'est, en effet, une qualité juridique du pouvoir exécutif d'être lié de cette manière par les règles de droit qu'il rencontre (cf. § 6, II ci-dessus) (14). La force obligatoire de la loi est une qua-

(13) En ce sens que c'est seulement cet effet extérieur, qui fait la règle de droit, cf. *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 591 (éd. fr. II, p. 380) Il y a encore des auteurs qui le nient. *Schein*, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, ose le qualifier de faute « qui s'est glissée dans les opinions philosophiques sur le droit » (p. 11). *Bornhak*, Preuss. St. R., I, p. 442, se place dans la même catégorie, en déclarant qu'il ne peut pas voir pourquoi une simple instruction sur la compétence des autorités, n'aurait pas le caractère d'une regle de droit, aussi bien que la loi qui l'ordonnerait. Il nous semble que la différence pratique éclate déjà dans ce seul point que l'inobservation de la compétence fixée par la loi donnera lieu au profit du sujet intéressé au recours que lui ouvre le § 127, L. V. G.; l'inobservation d'une instruction du même contenu n'aura pas cet effet.

(14) V. *Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 19 : « Le droit coutumier a force de loi, par conséquent l'administration, qui doit être légale, est liée par les règles de droit auxquelles la coutume a donné force de loi ». Il serait plus exact de dire : constitutionnellement, le pouvoir exécutif est lié par les règles de droit qu'il rencontre, qu'elles aient leur origine dans la coutume ou dans la loi ; la coutume n'a pas la force de la loi — d'où lui viendrait celle-ci ? — mais la loi a la force

Digitized by Google

lité spéciale de la loi, seulement en ce sens que d'elle seule découle la force de créer, *par un acte de volonté de l'Etat*, des règles de droit et de produire les effets qui leur sont propres.

Déterminer d'une manière obligatoire des rapports juridiques, c'est ce que peuvent aussi la convention, la disposition d'autorité, l'acte administratif. Mais ces actes ne saisissent que le rapport individuel qu'ils visent, le fragment de réalité qu'ils ont devant les yeux. La règle de droit ne vise pas directement les choses réelles ; elle les vise indirectement au moyen d'une notion qu'elle détermine par certaines marques abstraites ; partout où ces marques se retrouvent, l'ordre qu'elle y attache produit son effet. C'est là que réside la vertu du droit, sa valeur pour la liberté et la propriété des individus: la règle de droit les touche sans acception de personne ; devant elle, tous les Prussiens sont égaux (15).

d'une règle de droit, et la coutume, dans une certaine mesure, l'a également.

(15) Preuss. Verf. U. art. 4. — Pour désigner cet effet général de la loi, v. *Martitz*, dans Zeitschrift f. Staatsw. 1880, p. 249, a trouvé une expression heureuse ; la loi est pour « chacun de ceux que cela concerne ». D'autres formules dans *Loening*, Verw.recht, p. 226 ; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 155 ; *Schulz*, Preuss. Staatsrecht, II, p. 206. Que la règle de droit (Rechtssatz, proposition de droit) soit, dans sa nature, une règle générale, c'est une doctrine qu'on a récemment voulu ébranler. *Auschütz*, Krit. Stud. z. Lehre vom Rechtssatz und form. Ges., p. 23 croit déjà pouvoir affirmer « que le dogme de la généralité des prescriptions de droit peut être considéré comme vaincu ». Si cela était vrai, nous aurions tout simplement à chercher un autre nom pour notre notion de la règle de droit, parce qu'on nous aurait gâté le terme originaire. La réalité, qui correspond à cette notion, a une valeur pour la justice terrestre; elle ne peut être remplacée. *Jellinek*, Ges. u Verord., p. 237, il est vrai, admet la possibilité que « l'ordre juridique » d'un Etat ne se manifeste que dans des ordres individuels. *Auschütz*, loc. cit., p. 25 l'approuve. Mais cet Etat serait encore au-dessous de la horde, dont le chef applique au moins aux cas individuels un droit coutumier inculte et obscur. — La faute de toute cette confusion incombe à la loi seule, qui, tout en étant la source principale de toutes les règles de droit, ne dédaigne pas de régler parfois aussi des cas individuels. Viennent alors, d'un côté, l'entêtement avec lequel on persiste à chercher une règle de

Pouvoir agir ainsi par des *règles générales*, c'est la prérogative de la loi, prérogative que nous désignons par l'expression : *force obligatoire de la loi*. Elle se distingue nettement tant des *jura communia*, des qualités qui lui sont communes comme puissance publique avec le pouvoir exécutif, que des deux autres prérogatives, que nous appelons sa *préférence* et sa *réserve*.

Cette force, d'ailleurs, est, comme ces dernières, à la disposition de la volonté de la loi : elle peut se détacher de la forme de la loi ; la loi peut la déléguer, ou bien simplement ne pas en faire usage dans le cas spécial.

1° La délégation de cette force produit le *pouvoir réglementaire* et l'*autonomie*. Il faut bien se garder de la confondre avec d'autres délégations que la loi peut faire, en particulier avec l'autorisation d'agir dans la sphère qui est réservée à la loi, la sphère de la liberté et de la propriété privée. La loi peut autoriser le pouvoir exécutif à y porter atteinte sans ajouter le droit spécial de le faire par des règles de droit; le pouvoir exécutif ne peut alors que faire des

droit dans chaque loi, de l'autre côté, l'ignorance très répandue de la notion de l'acte administratif et le manque d'habitude de suivre la puissance publique dans son activité variée, ce qui laisse l'esprit dans une détresse complète, quand il s'agit d'expliquer les effets d'une pareille loi : dans l'un et l'autre cas, on cherche un refuge dans l'abus du nom de la règle de droit. — *Rosin*, Pol. Verord., pp. 4 ss., voudrait concilier les opinions divergentes par une distinction nouvelle : s'il ne s'agit pas d'une décision faite pour un cas *concret*, la prescription nouvelle peut être ou *individuelle* ou *abstraite*. Mais ce qu'il appelle prescription individuelle n'est qu'une décision concrète ou une règle abstraite mal rédigée. La question sera tout de suite résolue, si, contre toute attente, d'autres cas de la même espèce se présentent : si la prétendue prescription individuelle s'y applique, elle est une règle de droit ; mais si l'interprétation démontre qu'on n'a pas voulu régler, en même temps, tous les autres cas semblables, alors elle n'est pas une règle de droit.

Il ne s'agit pas ici d'une dispute de mots, comme *Loening*, V. R., p. 226, note 1, le croit. La révision, par exemple, d'après le C. de Pr. Civ., § 512, et le C. de Pr. Crim., § 317, ne peut être basée que sur la violation d'une

actes individuels de ce genre. Le pouvoir de faire des règlements de police repose sur une délégation double (16). D'un autre côté, une loi par exemple qui autorise à fixer par un règlement d'administration publique le salaire d'une certaine catégorie de fonctionnaires ne concerne pas la sphère réservée de la liberté et de la propriété, puisque celles-ci ne doivent éprouver ici aucune atteinte ; elle délègue uniquement la force de créer des règles de droit.

Quand, en vertu de la délégation, le règlement est fait, une règle de droit est née, et cette règle lie le pouvoir exécutif. Non seulement celui qui a fait le règlement, mais tous les détenteurs d'une portion quelconque du pouvoir exécutif sont soumis à cette règle, y compris le chef de l'Etat lui-même. Le pouvoir réglementaire peut être mis en mouvement pour la modi-

prescription normative Rechtsnorm). Le but de l'institution est de maintenir l'unité du droit et de la jurisprudence (Exposé des motifs du projet du C. de pr. Civ. Dans *Hahn*, Mat. I, p. 142). Cela n'a de sens que si l'on entend par prescription normative la régle générale. Si, en effet, il ne s'agit que d'une détermination juridique applicable à un seul cas individuel, l'unité du droit et de la jurisprudence n'est pas en question. Ou bien on devrait également voir un danger pour cette unité dans l'interprétation divergente d'un contrat. Ainsi, par exemple, nous ne verrions pas un moyen de revision dans la fausse application de la loi prussienne du 15 février 1869, concernant la confiscation des biens du prince électeur de la Hesse. Au contraire, ceux qui admettent des prescriptions normatives ou règles de droit pour des cas individuels, admettront cette revision.

16) C'est ce que *Auschütz*, Die gegenwärtigen Theorien, p. 73 ss., ne distingue pas suffisamment ; cf. Arch. f. öff. R, XVII. — La loi peut faire ces deux délégations conjointement, de sorte que le pouvoir exécutif ne doit se servir de son autorisation de porter atteinte à la liberté que dans la forme d'une règle de droit. Nous citerons comme exemple la police municipale française (Theorie des franz. Verw. Rechts), p. 66) et le Code bavarois des contraventions de police, qui s'exprime très clairement (*Edel*, Pol. Stf. G. B., p. 182). Pourquoi la loi a-t-elle autorisé seulement des règlements et non pas des décisions individuelles ? Parce qu'elle cherche dans la forme de la règle de droit cette garantie de la justice égale, qu'elle ne peut donner que par une règle générale. Il serait assez singulier que l'autorité, invoquant cette théorie de la règle de droit individuelle, pût venir dire : je me servirai de mon pouvoir réglementaire pour frapper le cas individuel, puisque cela sera également une règle de droit.

Digitized by

fier ou l'abroger ; mais aussi longtemps que la règle existe, tous les actes individuels doivent lui obéir (17). Cela ressemble donc à la « fameuse obligation de l'Etat par soi-même » ; le fonctionnaire, par son règlement, oblige même son supérieur. Mais le phénomène s'explique ici bien naturellement.

2° Quant à savoir si, dans le cas spécial, la loi a fait usage de sa force obligatoire dans le sens que nous lui donnons, cela dépend encore de son *contenu*. Si la loi s'occupe d'un fait individuel, il ne peut alors en être question. Mais il peut arriver aussi que la loi, tout en formulant une proposition qui pourrait donner la matière d'une régle de droit, n'ait pas voulu en faire une ; il se peut qu'elle ait voulu donner une instruction aux fonctionnaires, ou même exprimer un vœu, une opinion. Une telle réserve de sa part n'est pas à présumer. Il faudrait pour cela une déclaration expresse, qui, en fait, n'existera pas. Reste donc le cas où le contenu de la loi par soi-même semble être susceptible de former une règle de droit. Mais ici, il ne faut pas se prononcer trop vite. Dès que la loi a formulé quelque proposition comme une règle, on ne peut pas savoir, à l'avance, si cela ne pourrait pas, dans une occasion quelconque, avoir une importance pour le rapport entre un sujet et l'Etat : au cas de l'affirmative, par suite de l'efficacité générale de la loi pour tous les intéressés, sa force obligatoire apparaîtrait aussitôt (18).

17) Ober Verw. Gericht. 20 déc. 1876 (Coll. I, p. 399); 27 juin 1877 (Coll. II, p. 425) : dans les matières pour lesquelles une autorité peut faire des règlements de police, elle peut également prendre des décisions pour le cas individuel, mais seulement à la condition qu'elle n'ait pas encore fait de règlement s'appliquant à ce cas. — Comp. *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, p. 557, 558. Ob. Verw. Ger. 30 nov. 1882 (Collect. IX, p. 338).

18) Les lois règlant simplement « la compétence et la manière de procéder des autorités, le régime des services publics etc. », dont *Laband*, Staatsrecht, éd. all. p. 378 (éd. fr., II, p. 361) fait mention, contiennent des règles de droit. La preuve en est que celui que cela concerne est lésé

Digitized by Google

C'est pour ce motif qu'on a raison de donner à tout le contenu d'une loi, sans faire de distinction, la publication solennelle qui ne convient qu'aux règles de droit. On verra ce qu'il y a dans la loi, en fait de véritables règles de droit, lorsque la vie réelle mettra en opposition avec la loi les variétés infinies de ses formes et ses complications. Il n'est pas besoin de le savoir plus tôt.

dans ses droits, quand elles ne sont pas observées. Sont également des règles de droit les lois sur l'organisation des autorités administratives. *Laband*, qui dans Staatsrecht (1re éd.), I, p. 68, avait très bien admis cette solution, s'est laissé influencer par les objections de Gierke, Rosin et Seligmann, pour la retirer dans Staatsrecht (2e éd.), I, p. 683, note 2.—*Seydel*, Bayr. Stf. R., II, p. 261, prend un point de départ inexact, quand il dit : il est clair que la création de l'organisation des autorités ne tombe pas sous la notion de la législation dans le sens materiel, comme création de règles de droit. Il est possible que cette organisation ne soit pas réservée à la loi ; en tout cas, c'est là matière à discussion. Mais quand une fois la loi a fait cette organisation, elle a l'effet d'une règle de droit. — *Seligmann*, Ges. im form. und mat. Sinne, pp. 103 ss., s'est donné la peine d'établir, pour toute une série de cas, la distinction, selon que les lois contiennent des règles de droit ou de simples prescriptions administratives. Comme exemple le plus indubitable d'un règlement dans le sens matériel, c'est-à-dire d'une prescription qui, bien qu'émise dans la forme d'une loi, ne peut jamais être une règle de droit, il cite la fixation des heures de travail dans les bureaux. Est-ce bien sûr ? Si j'ai une déclaration à faire dans un certain délai et si je ne la fais pas, à cause de l'inobservation par les employés des heures fixées par la loi, ne suis-je pas lésé dans mon droit ?

Digitized by Google

§ 8

La force obligatoire de l'acte administratif.

Le régime du droit (*Rechtsstaat*) s'achève par l'acte administratif, qui, avec sa force obligatoire, est placé dans les rapports à régler entre l'Etat et le sujet. Inconnu au cercle d'idées qui caractérisent le régime de la police, n'étant pas entièrement un jugement ni entièrement un acte de gestion, l'acte administratif doit être étudié dans sa nature particulière, si l'on veut comprendre le droit administratif moderne, car ce droit est dominé par lui.

I. — De la loi civile une obligation de payer est née, de la loi pénale une obligation de se laisser punir. S'il n'y avait pas autre chose, l'autorité compétente exécuterait ces effets de la loi au moyen de la force ; sur son ordre, l'huissier opèrerait une saisie sur le débiteur, l'agent de la police judiciaire conduirait le coupable en prison. Mais nous remarquerons tout de suite que cela ne représenterait pas la justice ; ce qui manque, c'est le *jugement*. Avant que la loi soit mise à exécution par le fait, le tribunal, par son jugement, déclare ce qui, dans ce cas, est de droit ; ce qu'il décide est juridiquement obligatoire pour le sujet intéressé. Le jugement lui-même est lié par la loi ; mais, de son côté, le jugement lie le fait de l'exécution : ce qui est dû au sujet, ce qui doit lui arriver de la part de l'autorité n'est plus désormais déterminé directement par la loi, mais par le jugement. Celui-ci, comme l'on dit, a fait *jus in concreto*.

Digitized by Google

De même que la valeur de la règle de droit consiste dans l'égalité juridiquement assurée de l'action autoritaire, de même la valeur du jugement réside dans la détermination juridique qu'il donne immédiatement au cas individuel. De même que la règle de droit civil a été rendue applicable à l'administration par l'attribution à la loi constitutionnelle des éléments essentiels de sa force, de même on use, sous le régime du droit, du jugement de droit civil. Faisant abstraction de toutes les particularités du jugement, dont on se réserve de faire un usage spécial, on confère l'essence de sa force juridique à un acte de volonté autoritaire, qui est fait dans l'administration et pour l'administration.

L'acte administratif est un acte d'autorité émanant de l'administration, acte qui détermine, vis-à-vis du sujet, ce qui, pour lui, doit être de droit dans le cas individuel (1).

Cet acte est, comme le jugement, une manifestation spéciale de la puissance publique, qui n'émane pas d'un membre quelconque de l'organisation publique. Il est réservé à des magistrats formant une espèce d'aristocratie au milieu de la masse des fonctionnaires; aux *autorités judiciaires* (Gerichtsbehörden) correspondent les *autorités administratives* (Verwaltungsbehörden (2).)

(1) *G. Meyer*, Verw. Recht., I, p. 2, appelle acte administratif « le règlement de rapports juridiques individuels ou concrets », en tant que cela a lieu dans l'administration, c'est-à-dire en dehors de la justice. Il distingue alors (p. 31) des actes administratifs de droit international, de droit privé et de droit public. Ces derniers sont des « actes d'autorités » (*obrigkeitliche Verwaltungsacte*). Ils sont, d'après nous, les seuls qui méritent le nom d'actes administratifs. Comp. *v. Kirchenheim*, Einf., p. 75. — Pour *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, p. 221 ss., acte administratif est synonyme de toute activité quelconque de l'administration ; ce serait, par exemple, un acte administratif, que d'aménager une salle d'école. Nous avons déjà parlé de cette singulière terminologie au § 5, note 19, ci-dessus.

(2) « Autorité » n'est pas synonyme de « fonction ». L'autorité suppose une compétence spéciale que l'on peut désigner par droit de commandement, d'autorité, de puissance autoritaire (*obrigkeitliche Gewalt*), ou

Dans la justice, ces autorités sont clairement désignées par le nom de juges et de tribunaux. Dans l'administration, c'est une question d'interprétation des règles qui président à la distribution des compétences, que celle de savoir si le pouvoir de décider, de commander, de faire des actes d'autorité, en un mot des actes administratifs, est compris dans une certaine fonction. Il y a des autorités spéciales, compétentes seulement pour certains actes ou pour les actes que comporte une certaine branche d'administration. Mais les lois d'organisation désignent aussi des autorités générales, autorités de l'administration générale du pays (*Behörden der allgemeinen Landesverwaltung*), autorités de la police du pays (*Landespolizeibehörden*), qui doivent être compétentes pour faire tous les actes administratifs du degré de la hiérarchie qu'elles occupent et non réservés à une autre autorité.

L'action des autorités administratives étant très variée, on peut se demander, dans le cas spécial, s'il s'agit d'un acte administratif ou non. La présomp-

toute autre expression analogue. Mais l'autorité n'est pas simplement la fonction munie de cette faculté spéciale : c'est le point de départ de cette faculté, point de départ formé par la fonction, c'est le « lieu » hiérarchique (*die Stelle*). L'autorité peut être représentée par une seule fonction : le *Landrat* prussien est une autorité. Elle peut aussi être représentée par un ensemble de fonctions, par une autorité collégiale, comme le *Kreisausschuss*, ou organisée d'après le système « bureaucratique », comme le *Regierungs-president* avec ses conseillers : le membre du *Kreisausschuss* et le conseiller du gouvernement (*Regierungsrat*) ont des fonctions autoritaires (*behördliches Amt*) ; ce ne sont pas des autorités : décision de l'Ober Trib., 26 mars 1863 (Recueil de Striethorst, 48, p. 274) : « Une autorité publique est un « lieu officiel » (*amtliche Stelle*), muni de puissance publique, auquel certaines obligations et prérogatives autoritaires ont été attribuées d'une manière permanente, et qui, quand il se compose de plusieurs personnes, apparaît extérieurement comme une collectivité ou unité représentée par son chef ». Se prononcent plus ou moins dans ce sens : *Foerstemann*, Pol. R., p. 97, 99 ; Ober Trib., 8 avril 1861 (Pl. Beschl. ; J. M. Bl., 1861, p. 116) ; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung p. 243 ; *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 339 (éd. fr. II, p. 4) ; *Zorn*, Staatsrecht, I. p. 208 ; *Loening*, Verw. Recht., p. 30.

Digitized by Google

tion est pour l'affirmative. Si ce que l'autorité a fait, d'après sa compétence et d'après le contenu de la volonté exprimée, peut être un acte administratif, il faut le considérer comme tel et lui accorder les effets juridiques qui y sont attachés, sauf la preuve contraire, c'est-à-dire sauf à prouver qu'il ne s'agit que d'une sommation, d'une menace, d'un avertissement.

Voilà le principe. Des dispositions expresses permettent de distinguer plus clairement l'acte administratif en le faisant connaître par sa forme, son origine, son contenu.

II. — Le jugement de la procédure civile a son rôle stéréotypé; l'acte administratif est d'un emploi plus libre et plus varié. Cela répond à la mission qui lui est donnée, celle de placer dans le mouvement de l'administration la détermination juridique des cas individuels.

1) Le jugement du tribunal civil repose toujours sur la loi qu'il applique au cas spécial. On serait tenté d'exiger aussi, pour l'acte administratif, une base pareille ; mais on ne peut pas poser à cet égard une règle générale (3).

Il faut distinguer. La détermination par voie d'autorité, vis-à-vis du sujet, de ce qui, dans le cas individuel, doit, pour lui, être de droit, n'est pas comprise dans la réserve de la loi. C'est une émanation de la puissance publique, qui appartient également au pouvoir exécutif. Tout dépend donc du contenu de l'acte

(3) Tout ce qui est valable suppose une règle de droit qui lui sert de base ; c'est là, pour la plupart de nos jurisconsultes, un axiome. Cette base est déclarée indispensable pour l'acte administratif par *Lœning*, Verw. Recht, p. 241 ; *v. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 27, et autres. Quand on va jusqu'à faire dépendre l'efficacité juridique de l'acte de sa légalité, on s'éloigne même du modèle de la justice ; l'on traite l'acte administratif plutôt comme un acte juridique du droit privé, qui, « lui *aussi*, ne tire pas sa force de lui-même, mais de la loi ». En ce sens se prononce expressément *Rosin*, Pol. Verord, p. 15.

Digitized by Google

administratif. S'agit-il de porter *atteinte* à la liberté et à la propriété par des commandements, par l'imposition de charges, par des obligations de payer, par une dépossession ou par des restrictions, alors, naturellement, l'acte a nécessairement pour base une loi. Ce n'est pas parce qu'il est décidé, pour le sujet, quelque chose qui, pour lui, doit être de droit ; c'est parce qu'on décide qu'une certaine atteinte doit le frapper. D'autre part, l'acte administratif peut procurer au sujet un *avantage*, un droit de possession, un droit de jouissance, une somme à toucher. Alors, il n'est plus question de la réserve de la loi, et nous voyons l'acte administratif produire son effet en vertu de sa propre force.

Un acte, qui, par son contenu, n'implique qu'une faveur de ce genre, peut cependant avoir besoin d'une autorisation *législative* spéciale, quand il s'agit d'une matière, dont une loi s'est déjà emparée ; alors la *préférence* de la loi est en jeu (4).

D'un autre côté, un acte imposant des charges peut être fait sans fondement légal en vertu *du consentement de l'intéressé*. La réserve de la loi, telle qu'elle est formulée dans les soi-disant droits de liberté, s'entend au profit des individus et produit son effet pour eux : la violation de la réserve à leur détriment est une injustice commise à leur préjudice. Mais ce serait renier la liberté même que de vouloir leur octroyer cette protection malgré eux ; le protégé reste libre de se soumettre, dans une certaine mesure, à des charges personnelles, à des obligations de payer, etc. Il faut donc sous-entendre, dans toutes les réserves constitutionnelles qui interdisent d'imposer aux individus des charges en dehors d'une loi, la clause tacite : à moins que la partie intéressée ne donne son consen-

(4) Tous les actes de permission et de dispense rentrent dans cette catégorie ; comp. surtout nos explications au sujet de la permission de police, § 11 ci-dessous.

tement. C'est le cas pour les *actes administratifs sur soumission*. La soumission ne fait que remplacer l'autorisation de la loi ; elle fait disparaître la barrière que, sans cela, la réserve constitutionnelle aurait opposée. L'acte administratif, devenu libre, produit alors son effet par lui-même (5).

Ajoutons encore qu'un acte administratif n'a pas besoin d'avoir un titre spécial dans une loi qui l'autorise, quand il ne crée pas de charges et d'obligations nouvelles, mais qu'il se borne à appliquer celles qui existent déjà. Nous appelons cela un *acte déclaratif*. Il s'agit alors d'un rapport juridique déjà fixé, soit par une loi, soit par un acte administratif antérieur, peu importe : dans l'un et dans l'autre cas, un acte administratif peut intervenir pour déclarer, par voie d'autorité, ce rapport juridique, le développer et en tirer les conséquences.

(5) Exemple principal : la nomination à un emploi public. *Grotefend*, Preuss. Staatsrecht, I, p. 53, déclare à ce sujet : « Il y a dans la sphère de l'administration publique toute une série de règles de droit, qui n'imposent d'obligations qu'à celui qui veut entrer dans le rapport juridique dont il s'agit, par exemple dans la position de fonctionnaire public ». Encore la règle de droit ! Mais ce n'est pas la règle de droit qui impose les devoirs, c'est l'acte de nomination ; et cet acte peut valablement être accompli, sans qu'il y ait une loi qui règle les nominations. Cf. Arch. f. œff. R., III, p. 49 ss. Est-ce à dire que la soumission de l'intéressé peut légaliser une charge quelconque et une restriction de la liberté qu'un acte administratif pourrait vouloir imposer ? Evidemment non. Pour les conventions de droit civil, il y a aussi certaines limites au delà desquelles on ne peut pas disposer de sa liberté (comp. Code civil franç., art. 1780). A défaut d'une loi expresse, ce qui excède ces limites est déclaré nul comme étant *contra bonas mores*. Le droit public l'admet. Les actes administratifs sur soumission se restreignent aux charges, obligations et cessions que, d'après nos usages, un contrat de droit civil pourrait également imposer. C'est pour cela qu'on les appelle des contrats, quoique, dans leur structure juridique, ils ne soient pas des contrats. Pour les distinguer des vrais contrats de droit civil, on les appelle des *contrats de droit public*. En tant que le contenu de l'acte ne pourrait pas former la matière d'un contrat civil, la soumission serait considérée comme insuffisante pour remplacer une autorisation de la loi ; par conséquent, l'acte administratif se serait pas valable. C'est là que réside l'importance de la notion de contrat de droit civil. Comp. § 11, note 3 ci-dessous.

2) L'effet du jugement ressemble à celui de la règle de droit. Il donne à celui, pour lequel il est rendu, une détermination juridique, vis-à-vis de la puissance publique, de ce qu'il doit et de ce qu'il peut ; il oblige la justice à s'y conformer dans ses actes d'exécution comme dans ses jugements ultérieurs. C'est une injustice qu'on commet à son égard, en s'en écartant à son préjudice.

De même, l'acte administratif donne au sujet, pour lequel il est fait, une détermination ; seulement ici le contenu de cette détermination est infiniment plus varié.

L'acte administratif ne se borne pas à décider que le sujet sera contraint à quelque chose ou qu'il sera maintenu dans quelque chose, le détail de ces choses ne présentant d'intérêt que pour la partie privée opposée ; ici, tous les détails deviennent immédiatement la matière du rapport juridique avec l'Etat qui statue ; c'est vis-à-vis de l'Etat que le sujet doit faire ou ne pas faire, ou a le pouvoir de faire, de payer ou de toucher une somme, de faire un service, de renoncer à sa propriété, de jouir d'un avantage (6). En même temps, la puissance publique est obligée de procurer l'exécution en assurant l'observation et l'exécution de ce qui a été ainsi décidé, aussi longtemps, tout au moins, que l'acte administratif reste en vigueur et pourvu qu'il n'intervienne pas un pouvoir spécial pour arrêter son effet.

Cet effet dépend de l'observation de toutes les conditions et limitations auxquelles l'acte administratif lui-même est soumis. Mais cette dépendance est de la même nature juridique que celle du jugement du tribunal civil. Le jugement qui viole la loi n'est pas

(6) Sur les tentatives pour faire, d'après ce contenu, une classification complète des actes administratifs, comp. § 11, note 1, ci-dessous.

Digitized by Google

valable, il doit être annulé. Mais jusqu'à l'annulation, il faut lui reconnaître son effet. La puissance autoritaire qui y apparaît commence toujours par attester sa légalité. Il en est de même pour l'acte administratif. La non validité n'est qu'un motif pour déclarer l'inefficacité ; elle n'est pas elle-même l'inefficacité. Pour obtenir cette déclaration, il faut suivre les voies indiquées par la distribution des compétences (7).

De cette manière, l'acte administratif remplit toute la sphère de l'administration de rapports juridiques bien déterminés, ayant leur cause immédiate dans cet acte même, semblables par la variété de leur contenu aux rapports juridiques du droit civil, par leur forme et par leur nature aux rapports juridiques de la justice.

3) Tous les actes administratifs produisent un ordre juridique pour le cas individuel. Mais, en même temps, ils peuvent se rattacher plus ou moins à un ordre déjà existant. Cela nous amène à distinguer *différentes espèces d'actes administratifs*.

La classification principale est celle en décisions (*Entscheidungen*) et dispositions (*Verfügungen*). Les *décisions* sont des actes administratifs à contenu juridiquement lié. L'obligation peut provenir d'une règle de droit applicable au cas particulier, ou d'un acte administratif antérieur qu'il s'agit simplement d'exé-

(7) Le contraire de l'*invalidité* est la *nullité*, qui signifie une inefficacité de droit. L'acte d'autorité n'est nul que dans le cas où, en réalité, il n'y a pas d'acte d'autorité, mais seulement l'apparence d'un tel acte. Au jugement nul correspond l'acte administratif constituant « une disposition émanant de personnes absolument incompétentes ». *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 695, note 1 (éd. fr. II, p. 542, note 1). *Rumpelt*, dans Fischers Zeitschrift, XXIV, p. 22 (l'auteur trouve la formule trop étroite, mais les exemples qu'il cite s'y laissent tous comprendre). Dans tous les autres cas, l'acte administratif repose sur lui-même ; il s'agit seulement de savoir si des moyens existent pour le détruire, ou, comme dit *Laband*, *loc. cit.* : « le décret n'est pas nul en principe, mais il doit être attaqué par un moyen juridique et annulé pour excès de pouvoir ». Nous parlerons de ces moyens ci-dessous, § 12 ss. Du reste, s'il était encore besoin de prouver que l'acte administratif ne tire pas sa force de la loi, on trouverait ici cette preuve.

Digitized by Google

cuter, ou d'un droit individuel dont les effets doivent être reconnus et déclarés. Il faut que l'obligation soit complète, de sorte que le nouvel acte administratif par lui-même n'ait rien à *ajouter* à l'ordre juridique exigé par le cas individuel ; la décision ne dit ce qui *doit être* de droit qu'en déclarant ce qui *est* de droit. Les jugements des tribunaux civils, à quelques exceptions près (comp. § 13, I, ci-dessous), ont partout ce caractère. C'est sur leur modèle que s'est formée l'espèce correspondante d'actes administratifs (8).

Tous les autres actes administratifs sont des *dispositions*. Ils ont ceci de commun, qu'ici l'autorité agit de sa propre volonté pour déterminer les conditions du rapport juridique. Il n'y a pas à distinguer suivant que l'autorité est entièrement libre ou suivant qu'il ne lui est laissé qu'une certaine latitude pour manifester sa volonté dans ces limites.

Cependant, il y a une distinction à faire parmi les *dispositions*, d'après leur importance quant au rapport qu'elles visent.

La *disposition* forme l'antithèse absolue de la *décision*, quand elle crée tout nouvellement un certain rapport juridique entre l'individu qu'elle vise et la puissance publique. Elle correspond alors à ce que, dans le droit civil, nous appelons un acte juridique (*Rechtsgeschäft*), tel que la convention, le testament, etc.; on peut l'appeler un *acte juridique de droit public* (9).

(8) C'est pourquoi on aime à relever une certaine connexité entre la *décision* et la justice, connexité qui est étrangère à l'acte administratif qualifié de *disposition* : *G. Meyer*, dans Wœrterbuch, II, p. 669 ss.; *Læning*, Verw. Recht, p. 241 ; surtout *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 6 ss. Comp. § 13, I, ci-dessous. — *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 667 (éd. fr. II, p. 515) : « Il est dans la nature de la décision d'être liée » ; au contraire, « la liberté juridique dans la résolution » caractérise la convention et la disposition comprise par Laband sous le nom d'acte administratif (I, p. 687-II, p. 530). Quand, plus loin (p. 696-537), il dit : « au fond, la disposition (le décret) peut être une décision », il semble renoncer à la distinction.

(9) *Merkel*, Encyklop., § 210. Contra *Laband*, qui, dans Staatsrecht

Digitized by Google

Mais toutes les *dispositions* ne sont pas ainsi placées à l'origine du rapport juridique ; il y en a qui ont seulement pour mission de développer et de réaliser un rapport existant. La *disposition* peut alors y apporter des changements, des complètements, des annulations etc., toutes choses que l'on pourrait peut-être comprendre encore sous la notion de l'acte juridique. Mais toute ressemblance cesse, quand la *disposition* ne sert qu'à faire valoir le pouvoir général que, en vertu du rapport existant, l'autorité doit exercer sur le sujet ; ceci n'a pas plus le caractère d'un acte juridique qu'une sommation par laquelle le créancier civil exige une prestation résultant d'un engagement général (10). Il y a, dans le droit public, une espèce particulière de rapports qui contiennent, au profit de l'autorité, un pouvoir général : on leur a donné le nom de rapports de sujétion particulière (*Gewaltverhältniss*) (11). L'acte administratif qui est accompli pour faire valoir sur l'individu le rapport de sujétion et pour en tirer les conséquences, s'appelle une *instruction*. Le principal exemple est l'instruction qui est adressée aux fonctionnaires ; mais ce n'est pas le seul exemple.

III. — La loi peut produire son effet à la manière de la règle de droit, par des règles générales touchant tous ceux que cela concerne.

(1re éd.), II, p. 216, avait proposé la notion de l'acte juridique de droit public : *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 10, note, et *G. Meyer* dans Annalen, 1878, p. 383. Mais le mot est bien propre à représenter la chose ; nous n'avons pas besoin pour cela d'y attacher une importance supérieure.

(10) Pour expliquer la chose par un exemple, la concession d'un chemin de fer serait un acte juridique de droit public ; l'acte qui, plus tard, résoudrait la question de savoir si une certaine ligne y est comprise, serait une décision ; l'injonction de prendre une certaine mesure technique serait une disposition qui fait valoir les obligations résultant de la concession ; ce ne serait donc ni un acte juridique de droit public, ni une décision. Tout cela émane peut-être de la même autorité, dans la même forme, et a la nature commune de l'acte administratif.

(11) Comp. sur la notion si intéressante et si importante du « Gewalt verhältniss », § 9, I, n. 2 ci-dessus.

L'acte administratif n'a pas cette généralité d'effet, quant à sa force obligatoire ; c'est là la différence essentielle. Toutes les autres qualités de la force obligatoire de la loi peuvent appartenir à la force obligatoire de l'acte administratif ; mais, dès que l'acte administratif deviendrait capable de produire son effet dans cette forme propre à la loi, il cesserait d'être acte administratif.

L'acte administratif saisit donc le cas individuel à la manière du jugement du tribunal civil. Toutefois, il ne faut pas vouloir l'astreindre trop rigoureusement à une certaine forme. Pourvu qu'il n'ait pas à produire son effet comme une règle de droit, il peut s'attaquer, de différentes manières, au cas individuel qu'il vise.

1) Le jugement civil détermine très exactement le cas en appelant de *son nom* l'homme pour lequel il intervient. Cela sera également la règle pour l'acte administratif : l'ordre de police, l'imposition de contributions directes, la conscription pour le service militaire procédent dans cette forme.

2) Le jugement civil étend son effet au delà de la personne qu'il concerne directement, à son *ayant cause* : le fait juridique qui se produit dans la sphère du droit civil déplace donc, en même temps, le rapport de droit public qui a été créé par le jugement. L'acte administratif peut, de la même manière, avoir indirectement son effet sur un tiers, quand il crée un droit ou une obligation qui peuvent se transmettre (cf. § 9 ci-dessous) ; mais c'est une exception rare.

3) L'acte administratif correspond plutôt au modèle de certains actes juridiques du droit civil, lorsque, tout en étant rendu à propos d'un certain individu, il ne vise cependant pas celui-ci en personne ; lorsqu'il ne le vise que comme représentant certaines circonstances extérieures dans lesquelles il est placé, une

Digitized by Google

propriété, une exploitation, une entreprise; alors, l'acte administratif peut avoir son effet pour n'importe quel autre individu qui le remplacera plus tard. Cet effet successif sur des *personae incertae* n'est pas la règle (cf. § 21 notes 10 et 20, ci-dessous.)

4) Il faut encore distinguer le cas, où celui que l'acte administratif concerne est bien une personne certaine, mais *désignée indirectement* : on ne le détermine qu'après avoir élucidé une certaine relation juridique. Cela arrive surtout pour des actes administratifs concernant des droit réels, comme l'expropriation, l'établissement de servitudes de droit public : ces actes n'ont pas besoin de désigner un propriétaire ou le vrai propriétaire qu'ils touchent; ils le frappent à travers son immeuble qu'ils désignent. — De même nature est l'acte administratif qui s'adresse à un certain ensemble de personnes pour frapper chacun des individus qui y sont compris : sommation à un attroupement de se retirer, dissolution d'une réunion, d'une association. A vrai dire, c'est une *pluralité* d'actes administratifs : il en est adressé un à chaque personne désignée par l'ensemble dans lequel elle est comprise ; mais ces actes apparaissent réunis dans un acte collectif (12).

5) Cette façon de désigner plus librement les personnes que l'acte administratif concerne atteint son plus haut degré dans le rapport de sujétion particulière. Ici nous trouvons des actes collectifs avec désignation indirecte des individus qu'ils concernent et sans restriction à un ensemble de personnes présentes et définies ; ce sont donc des actes faits pour des *personae incertae*. Aux individus compris dans le rapport de sujétion, à tous à la fois, des instructions

(12) Sur la différence entre l'acte collectif et la règle de droit : *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 696 (éd. fr. II, p. 544) ; *v. Sarwey*, Allg. Verw, Recht, p. 29.

peuvent être données, actes administratifs tirant les conséquences du rapport de sujétion. Ces instructions sont réunies dans des règlements de service, règlements, statuts, et communiquées par voie de publication ou autres moyens propres à les porter à la connaissance des intéressés. Elles sont alors obligatoires pour chaque individu qui est compris actuellement dans le rapport de sujétion ou qui y entrera à l'avenir.

Extérieurement alors, l'acte présente une grande ressemblance avec une règle de droit. Cependant, il n'y a encore là qu'un acte administratif collectif ou, comme on l'a appelé aussi très justement, une *disposition générale* (13). Cette disposition n'opère pas avec la force obligatoire générale de la loi; elle opère seulement avec la force du rapport particulier de sujétion : elle ne peut avoir d'effet que pour les individus et pour les obligations, qui y sont compris. En ce qui concerne ces obligations, le rapport de sujétion met chacun des individus qu'il comprend en contact avec l'acte administratif qui a été rendu d'avance et qui le touche aussi ; il lui impose comme premier devoir de s'informer de cet acte (14). L'effet est le même que si l'instruction lui avait été communiquée directement et comme un acte individuel.

(13) *Haenel*, Staatsrecht, I, p. 235 ; *Laband*, Staats Recht., éd. all. I, p. 697 (éd. fr. II, p. 546). Il n'y a pas de décisions générales ; tous les actes administratifs généraux sont des dispositions.

(14) *Haenel*, Studien, II, p. 64, note 1.

Digitized by Google

§ 9

Les droits individuels publics.

L'organisation de la puissance publique, qui caractérise le régime du droit, a pour but de soumettre les rapports entre l'Etat et le sujet aux formes du droit.

Elle fait naître, entre ces deux personnes, des déterminations juridiques, dont la plus marquante — nous ne disons pas la plus importante — se présente sous la forme du droit individuel (subjectif) public (1). Le droit individuel (subjectif) est un intérêt de l'individu garanti juridiquement, c'est-à-dire garanti par les institutions de la puissance publique. Mais tout intérêt garanti ne forme pas un droit individuel (subjectif). Cette garantie peut n'être que le reflet de l'ordre général qui nous entoure. Le cercle se resserre par degrés autour de la personne. Le dernier résultat est un cercle défini d'intérêts soumis à son *pouvoir juridique propre.*

C'est seulement ce dernier degré qui, dans le droit civil, s'appelle un droit individuel (subjectif). Une fois donné, il se fait remarquer par ses effets caractéris-

(1) *Gerber*, Ueber öff. Rechte; *Ulbrich*, Ueber öff. Rechte und Verw. gerichtsbarkeit; *Dantscher von Kollesberg*, Die politischen Rechte der Unterthanen; *Jellinek*, System der subj.— öff. Rechte (comp. les critiques dans *Grünhut*, Zeitschrift, 21, p. 107 ss., et dans Arch. f. öff. R., IX, p. 280 ss.).— Sous le régime de la police, il ne pouvait pas être question de droits publics des sujets : *Eichkorn*, Betracht. über d. Verf. d. Deutsch. Bundes, p. 98. Mais il y a aujourd'hui encore des auteurs qui persistent dans cette manière de voir; nous citerons *Schuppe*, Begriff der subj. Rechte, p. 88, et *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, I, p. 269 (de semblables droits, d'après lui, sont « logiquement impossibles »).

tiques (2). Pour définir clairement la notion du droit individuel (subjectif) public qui apparaît dans l'administration, et pour lui donner une signification pratique, il faut suivre ce modèle. La question est de savoir comment cette notion se comporte avec le fait de la puissance publique qui joue ici le premier rôle.

I. — Le langage ordinaire est prodigue du mot « droit ». On donne ce nom à tout avantage qui résulte, pour tel ou tel individu, de l'existence de l'ordre juridique et de son exécution, sans se préoccuper de savoir si l'on reste dans la notion exacte du droit et sans en tirer des conséquences. Il faut faire des distinctions.

1) Nous commencerons par éliminer tous les cas dans lesquels le mot « droit » signifie le côté favorable, au point de vue juridique, d'une situation générale résultant de l'ordre établi. Ce ne sont pas de vrais droits individuels (subjectifs) ; les droits subjectifs se caractérisent par la détermination qu'ils donnent au pouvoir juridique, quant au sujet auquel il appartient et quant à son objet. Ici cette détermination manque.

Ces prétendus *droits* s'attachent aux relations les plus générales. Que l'Etat ait vis-à-vis de ses sujets la souveraineté, la force de la volonté juridiquement supérieure, on appelle cela un droit important de l'Etat, le droit de *dominer et d'être obéi* (3). En partant de cette idée que cette puissance peut être distinguée selon les directions dans lesquelles elle se manifeste, on arrive à énumérer ce qu'on appelle aujourd'hui les différents droits de supériorité (4). On

(2) Sur la manière dont les intérêts protégés se développent par degré jusqu'au « pouvoir juridique individualisé », voir *Merkel*, Encyclopädie, §§ 150, 151, 153.

(3) *Schmitthenner*, Staatsrecht, p. 280 ; *G. Meyer*, Staatsrecht, p. 687 ; *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, I, p. 238 ; *v. Kirchenheim*, Einf., p. 22 ; *Loening*, Verw. Recht, p. 9.

(4) *Gareis*, Allgem. Staatsrecht, p. 26-28, p. 117-121 ; *Jellinek*, Gesetz

établit comme correspondant, du côté des sujets, l'*obligation générale d'obéir*, ce qui, en réalité, n'est qu'une paraphrase de la qualité de sujet (5). Cette obligation est alors divisée en obligations spéciales : l'obligation à la fidélité, au paiement des impôts, au service militaire, etc. Tout ce système de devoirs, qu'on nous expose avec tant de prétention, n'est qu'un registre de sensations agréables et désagréables, que l'Etat peut nous causer. Sa valeur juridique est nulle (6).

Le pouvoir exécuti étant limité, quant à l'exercice du droit de domination, par la réserve de la loi (§ 6, I, n. 2 ci-dessus), l'avantage qui en résulte pour les sujets se présente tout de suite sous le nom de droits leur appartenant : droits de l'homme, droits de liberté, droits fondamentaux (7).

und Verordn., p. 200 (l'Etat a « virtuellement » tous les droits de supériorité ; il les acquiert « actuellement », quand « il dirige son activité sur des côtés déterminés de la chose publique »). Comp. § 5, note 1 ci-dessus.

(5) *Zöpfl*, Staatsrecht, § 281 ; *Held*, Verfass. Recht, II, p. 592 ; *Pözl*, Bayr. Verfass. Recht, p. 94 ; *v. Roenne*, Preuss. Staatsrecht, p. 212 et s. ; *Schulze*, Staatsrecht, I, p. 360 ss. ; *G. Meyer*, Staatsrecht, p. 687 ; *Gareis*, Allg. Staatsrecht, p. 144 ; *Laband*, Staatsrecht, éd. all, I, p. 132 (éd. fr. I, p. 223). — Le devoir général d'obéissance, il est vrai, suppose qu'il y a un commandement et un commandement légal : on a soin d'insister sur ce point : ce n'est qu'une « obéissance constitutionnelle » qui est due. Mais alors, on pourrait aussi bien établir, pour la sphère du droit civil, un « devoir général de payer » qui également ne produirait son effet que dans le cas où l'on serait légalement devenu débiteur.

(6) Comp. les énumérations dans *v. Roenne*, Preuss. Staatsrecht, p. 212 ss. ; *Schulze*, Staatsrecht, I, p. 360 ss. et surtout dans *Funke*, die Verwältung im Verhältniss zur Justiz, p. 55 et ss. — *Chr. von Wolff*, Grunds. des Nat. und Völker. Rechts, § 1085, parlait encore de ce beau devoir juridiquement obligatoire pour le prince et les sujets « de s'aimer réciproquement ».

(7) C'est le langage de nos chartes constitutionnelles, langage critiqué avec raison par *Ulbrich*, Oeff. Rechte, p. 22 ; *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 97 et surtout *Laband*, Staatsrecht 1re éd. all., I, p. 149. (éd. fr. I, p. 239) : « Ce ne sont pas des droits, car ils n'ont pas d'objet ». — Que, de la violation des intérêts ainsi protégés, de véritables droits puissent naître (droit à indemnité, droit de faire cesser le trouble, d'infliger une punition), c'est là une chose distincte ; et cela ne prouve nullement que ces intérêts eux-mêmes soient à considérer comme des droits : *Merkel*, Encyclop., § 150 et 157 ; *Gerber*, Oeff. Rechte, p. 79 ; *Jellinek*, Subj öff. R., p. 100, appelle l'intérêt protégé un *status negativus*, et le droit qui

Cette restriction peut de nouveau cesser à la suite d'une autorisation que la loi donne au pouvoir exécutif pour certaines choses (§ 6, p. 97, ci-dessus) : alors on parle d'un droit de l'Etat d'agir ainsi (8).

D'un autre côté, une règle de droit peut ordonner que certaines permissions, certains services doivent être accordés à tout individu qui remplira certaines conditions : il en résulterait immédiatement un droit à ces choses, droit compétant à tout le monde ou, comme l'on dit d'une manière encore plus significative, au public (9).

Dans tout cela il faut voir des facultés, des possibilités générales ; ce ne sont pas des droits. Pour qu'on puisse parler d'un droit, il faut d'abord qu'un effet juridique déterminé se soit déjà produit entre un sujet déterminé et l'Etat.

2) Cette condition de la détermination juridique est réalisée dans le *rapport juridique de droit public* (öffentlichrechtliches Rechtsverhältniss).

Le rapport juridique, tel que la notion s'en est formée dans la doctrine du droit civil, signifie que le droit a réglé, entre certaines personnes, un devoir et un pouvoir d'un certain contenu.

Le rapport juridique appartient au droit public, quand ce contenu concerne l'exercice de la puissance

résulte de sa violation un *status positivus*. Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans les détails de cette doctrine des *status* qui est particulière à cet auteur.

(8) Bayr. Verw. Ger. Hoff. 4 juillet 1884 (*Reger*, V, p. 228): « Aux termes de la loi d'Empire de 1868, l'Etat jouit du droit de faire la réquisition de tous les locaux propres à loger des hommes ou des chevaux ». Ce « droit », l'Etat en jouissait déjà avant la Constitution ; aujourd'hui, à cause de la réserve constitutionnelle, une loi est devenue nécessaire pour rendre au pouvoir exécutif sa liberté ; c'est tout.

(9) On parle, dans ce sens, d'un droit appartenant à tout le monde de faire expédier ses lettres par la poste, droit basé sur la loi postale, § 3 ; ou d'un droit d'obtenir une patente de colportage (selon la Gewerbe Ordnung, § 57 b.), qui appartiendrait à tout individu qui n'en est pas exclu pour des causes spéciales.

Digitized by Google

publique. Cela veut dire que, nécessairement, l'une des personnes comprises dans ce rapport est l'Etat ou un corps d'administration propre (*Selbstverwaltungskörper*), une personne enfin dans laquelle réside la puissance publique (10).

Le rapport juridique de droit public est créé par la force de la règle de droit d'après la réalisation des faits auxquels elle attache son effet (cf. § 7, III, ci-dessus), ou par la force de l'acte administratif qui saisit directement le cas individuel (cf. § 8, III, ci-dessous.)

Le rapport juridique n'est pas autre chose que la constatation de l'effet produit par l'acte qui l'a créé. Cet effet est de donner à la puissance publique une certaine direction vis-à-vis de l'individu. Sa conduite ultérieure, dans cette affaire, pour être légale, doit suivre cette direction, et cette direction trouve son expression dans le rapport juridique déterminé (11).

(10) *Bierling*, Grundbegriffe, II, p. 221 ; *Pfizer*, Grenze zwischen Verwalt. und Civil-Justiz, p. 79 ; *Leuthold*, Sæchs. Verw. Recht, p. 79 ; *Dantscher*, Pol. Rechte, p. 28 ss., ne veut comprendre, sous le nom de « droits politiques », que les rapports avec l'Etat lui-même ; mais il faudrait alors inventer un nom spécial pour les rapports tout à fait identiques qui existent avec des corps d'administration propres. Nous n'y voyons aucune utilité.

(11) Le rapport juridique peut être modifié ou supprimé par la loi ou par l'acte administratif ; alors naturellement, tout ce qui se fait à partir de ce moment n'est plus soumis à l'effet juridique de l'ancien rapport. On en trouve une application assez intéressante dans le cas suivant : après une première décision et avant qu'il soit statué sur le recours par l'autorité supérieure, la loi qui détermine le rapport a été changée. Pour la Cour d'appel, dans une affaire civile, ce changement serait sans effet. Pour l'administration, il faut distinguer : si l'autorité supérieure, — un tribunal administratif par exemple, — n'a qu'à *contrôler* l'acte accompli, elle est liée par l'ancien rapport ; si, au contraire, elle doit *agir* à la place du subordonné et refaire l'acte, elle prendra pour base le rapport juridique, tel qu'il est formé par la nouvelle loi. Nous rencontrons la même distinction en matière criminelle : *Binding*, Strafrecht, I, p. 138 ss. La question a été discutée à l'occasion de demandes de permissions de police, dans le cas où, après la première décision, une loi est intervenue, qui change les conditions moyennant lesquelles la permission doit être accordée : Ob. Verw. Ger. 21 avril 1879, 14 mai 1879, 10 oct. 1879, 5 juin 1880, 13 juin 1883 ; *con-*

La forme et le contenu de ces rapports sont très variables; nous aurons largement l'occasion de les étudier. Mais il y a des formes spéciales dont il convient de dire un mot dans cette exposition générale, à cause de leur importance systématique. Ce sont des *rapports complexes*, se distinguant des rapports ordinaires simples par la pluralité des individus qu'ils comprennent et par leur aptitude à des variations intérieures.

Il y a d'abord le *rapport de sujétion particulière*, déjà cité (§ 8, III n°. 5 ci-dessus). La sujétion signifie le rapport de deux personnes inégales au point de vue du droit, rapport pour lequel la volonté de la personne supérieure détermine le contenu. Dans ce sens, le rapport entre l'Etat et le sujet est un important rapport de sujétion (12). Mais on entend surtout par ce mot un rapport de sujétion créé spécialement pour le sujet ou plutôt pour une certaine pluralité de sujets (13). C'est un rapport juridique de droit public, par lequel l'individu est lié vis-à-vis de l'Etat, en vertu d'une obligation générale, de régler sa conduite d'après un certain intérêt public. En vertu de cette obligation, des ordres détaillés lui sont donnés. Il y

trà : Verw. Ger. Hof 1er juin 1880. Comp. la correspondance échangée entre *Luthardt* et *Windscheid* dans Bl. f. adm. Pr., 1881, p. 137 ss., et *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 8. Il ne serait pas exact d'appeler cela un effet rétroactif de la loi administrative.

(12) *Schmitthenner*, Staatsrecht, p. 279 ; *Gerber*, Grundzüge, § 16 ; *Rosin* dans Annalen, 1883, p. 299.

(13) *Ehrenberg*, Commandat. und Huldigung, p. 47, note 36*a* ; Arch. f. öff. Recht, III, p. 52 ss. ; *Laband*, Staatsrecht 1re éd. all., I, p. 387 ; 2e éd. all., I, p. 407 ; 1 éd. fr. II, p. 106 ss.). Ce dernier se sert de cette notion du rapport de sujétion particulière surtout pour éclaircir la nature des obligations du fonctionnaire public. Mais ce n'est pas le seul exemple de son application. Outre le pouvoir disciplinaire (*Dienstgewalt*), nous trouvons encore le pouvoir de surveillance (*Überwachungsgewalt*), dépendant du droit financier, le pouvoir de direction dans les établissements publics (*Anstaltsgewalt*), le pouvoir des corporations publiques sur leurs membres (*Vereinsgewalt*). Nous reviendrons sur cette notion intéressante, quand nous exposerons les différentes institutions dans lesquelles elle figure.

Digitized by Google

a cette particularité déjà mentionnée que ces ordres, qui ont toutes les qualités d'un acte administratif, peuvent être émis sous la forme d'une règle générale. Et quand il s'agit d'un ordre spécial, cet ordre n'émane pas nécessairement d'une autorité ; ce sont de simples employés du service public intéressé qui ont ce droit de commandement. Dans ces deux points, le rapport de sujétion, par sa nature exceptionnelle, présente donc des particularités.

En second lieu, nous devons signaler le *rapport collectif de droit public*. Il s'agit de prestations imposées dans un intérêt public à une pluralité d'individus en commun, de sorte que, par l'ensemble de leurs contributions, le résultat voulu se trouve atteint. Les charges collectives pour chemins, écoles, assistance publique fournissent les exemples principaux. C'est un rapport juridique entre l'Etat d'une part, et les individus contribuables d'autre part. Mais, entre ces derniers, les prestations réciproques sont fixées ; chacun a, vis-à-vis de ses coobligés, le droit d'être déchargé en proportion ; il peut faire valoir, à son profit, l'obligation dont ils sont tenus vis-à-vis de la puissance publique. Puisque celle-ci est toujours en jeu, ce rapport intérieur appartient également au droit public. Nous parlons ici d'un *rapport juridique de droit public dérivé ou secondaire*. Mais comme il reste, néanmoins, un rapport entre des personnes qui sont égales au point de vue du droit, il présente aussi des particularités à plusieurs égards (14). — Les rapports juridiques, certes, sont d'une grande valeur pour la liberté et la propriété des sujets ; grâce à eux, les sujets sont fixés sur ce qui doit leur arriver

(14) Il y a là un rapport de droit public qui, par exception, donne lieu à un droit coutumier (§ 11, note 4 ci-dessous) et à de véritables conventions (§ 11, note 3 ci-dessous). Pour plus de détails, nous renvoyons aux développements relatifs aux charges collectives (§ 48, II, ci-dessous).

Digitized by

et ne pas leur arriver de la part de la puissance publique. Mais cela ne veut pas dire que cette sûreté revête toujours la forme d'un droit subjectif reconnu aux individus. Il est vrai qu'ici encore on profite largement de l'occasion d'employer le mot droit individuel (subjectif). Qu'une permission de police, par exemple, soit donnée ; voilà un rapport juridique qui est né : le permissionnaire ne doit pas être empêché par la puissance publique de faire ce que, sans la permission, le règlement de police lui défendrait. Mais qu'a-t-il maintenant ? quel est l'objet du droit qu'on veut lui reconnaître ? Il a seulement ce qu'il aurait, si aucun règlement de police n'avait été fait en cette matière : c'est la liberté naturelle. Si l'on veut appeler la liberté naturelle un droit, nous n'avons plus rien à dire. — On parle encore d'un droit de l'individu, quand, par la notification de l'extrait du rôle cadastral, on a fixé sa cote d'impôts. C'est un rapport juridique qui s'est formé entre lui et l'Etat. Mais quel est son droit ? C'est le droit de ne pas payer plus que la somme portée au rôle, dit-on (15). Singulier droit et qui ne supporte pas un examen sérieux !

Il ne faut pas appeler droit individuel (subjectif) tout ce qui résulte du fait d'un rapport juridique donné, c'est évident. Les droits véritables doivent être compris dans cette notion ; mais il y forment un cercle plus restreint.

3) Le droit est un pouvoir appartenant à l'individu, pouvoir sur une chose, sur un objet déterminé. Pour que cela soit un droit individuel (subjectif) *public*, il faut que la puissance publique,—élément caractéristique et indispensable pour tout ce qui aspire à ce nom, — soit en jeu. C'est ce que signifie cette formule, un

(15) *Hauriou*, Droit adm., n° 542 : « le droit de ne pas être imposé à tort ni surtaxé ».

peu vague et obscure, il est vrai, mais souvent employée par nos auteurs : les droits publics sont ceux qui ont une connexité avec la chose publique (16). Mais quelle est cette connexité? Doit-on considérer l'origine de ces droits? Sont-ce des droits créés par la puissance publique ? Cela s'appliquerait également aux droits civils ; car la loi civile, c'est aussi la puissance publique. Ce n'est donc pas à l'origine du droit qu'il faut s'attacher ; c'est dans le *contenu* du pouvoir que nous appelons droit public, que la puissance publique doit apparaître. La puissance publique appartient à l'Etat ; mais l'exercice de cette puissanee peut devenir l'objet de pouvoirs attribués aux individus dont l'Etat représente l'ensemble. Le droit public individuel (subjectif) est *un pouvoir juridique sur l'exercice de la puissance publi-que* (17).

II. — Le problème de la formation de ces droits publics se pose d'une manière très différente pour l'une et pour l'autre des deux parties qui figurent dans le rapport juridique : l'Etat d'un côté, le sujet de l'autre. Quant à l'Etat, il semble bien qu'il faille lui reconnaître ces droits. Il a la puissance publique, et celle-ci, dans ces rapports juridiques, reçoit une détermination qui présente beaucoup de ressemblance avec les droits individuels (subjectifs) du droit civil, tantôt avec un droit réel, tantôt avec un droit de créance. Nous rencontrons pour l'Etat un domaine public, des

(16) *Bähr*, Rechtsstaat, p. 21 ; *Gerber*, Oeff. Rechte, p. 35 ; *Seydel*, Staatsrecht, II, p. 416 ; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 213 ; *Ulbrich*, Oestr. Staatsrecht, p. 82 ; *Leuthold*, dans Annalen, 1884, p. 364 ss.

(17) *Dantscher*, Pol. Rechte, p. 76 : « Le pouvoir reconnu par les règles du droit public, la puissance publique mise à la disposition de l'individu dans une certaine direction ». — On pourrait se croire autorisé à invoquer aussi *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 43 ss., qui déclare, avec les expressions qui lui sont propres : « On est *libre d'agir* vis-à-vis du coordonné, on *peut* vis-à-vis de l'Etat ». « Le droit individuel (subjectif) public a toujours pour contenu qu'on *peut* quelque chose ». Ce « pouvoir » paraît avoir pour objet la puissance publique. Mais *Jellinek*, dans Verw. Arch., V, p. 307 semble abandonner cette opinion.

Digitized by Google

servitudes d'utilité publique, etc ; et d'un autre côté, l'Etat est créancier des contributions imposées, il a droit aux services de ses fonctionnaires, il a le droit d'appliquer une peine au coupable. Naturellement, on n'hésite pas à se servir ici du mot droit qu'on aime tant à placer. Mais il y a cependant une différence essentielle avec les véritables droits individuels (subjectifs) dont le droit civil nous fournit le modèle : en droit civil, les droits indtviduels signifient un avantage obtenu par l'individu : l'individu a gagné quelque chose qu'il n'avait pas encore. Ces prétendus droits de l'Etat, au contraire, ne sont que des manifestations de sa puissance préexistante ; ou, pour parler le langage des auteurs qui appellent cette puissance un droit de l'Etat, ils ne signifient que l'exercice de ce droit. Ainsi, il y a ici toute autre chose qu'un véritable droit. L'Etat n'a pas de droits, parce qu'il a mieux (18).

Comme il ne convient pas d'être trop rigoureux pour ces questions de terminologie, nous admettrons ces droits de l'Etat, avec la réserve qu'il s'agit d'une simple façon de parler et qu'il ne faut pas vouloir en tirer des conséquences. Des conséquences, en réalité, il n'y en a pas. La constatation que tel ou tel rapport juridique renferme un droit de l'Etat n'est d'aucune utilité pratique. Tout ce qui concerne ce rapport reste dans le même état, comme si cette constatation n'avait pas été faite. C'est une qualification vaine et purement décorative.

Il n'y a qu'un seul point où cette ressemblance extérieure de la manifestation de la puissance publique à un droit individuel (subjectif) produise des effets.

(18) Ce que nous venons d'exposer ci-dessus ne doit pas être très difficile à comprendre. Cependant *Loening* dans Verw. Arch., VII, p. 13 veut faire croire qu'avec ces idées tout ordre juridique pour la puissance publique de l'Etat serait impossible, qu'il n'y aurait que la force, qu'il serait contraire à la logique de parler alors de devoirs des sujets, etc. Mais c'est seulement là sa manière de voir.

Digitized by Google

C'est un phènomène assez curieux et sur lequel on n'a pas encore porté toute l'attention qu'il mérite. Il est placé à la limite des deux sphères du droit public et du droit civil. Le rapport de droit public peut se tranformer en rapport de droit civil. L'Etat, nous le savons, peut descendre sur le terrain de l'égalité avec le sujet, et alors il est soumis au droit civil. Il peut le faire dans un rapport juridique déjà existant. Ce rapport est alors transformé pour devenir le rapport juridique du droit civil correspondant. Le soi disant droit de l'Etat devient alors un véritable droit selon les règles du droit civil. Le domaine public déclassé devient la propriété privée de l'Etat. Pour les contributions dues par le failli, l'Etat se présentera comme créancier, d'après les règles du droit civil. Ce même effet de transformation se produira dans le cas où une réclamation pécuniaire, fondée sur le droit public, doit être poursuivie en pays étranger. Si elle est admise, ce qui sera encore douteux, elle ne le sera que comme créance de droit civil, soumise aux formes de poursuite qui en résultent (19).

Si nous envisageons la question du côté du *sujet* compris dans le rapport juridique, nous sommes loin de cette plénitude de puissance, qui, du côté de l'Etat, — nous venons de le voir, — exclut la formation de véritables droits individuels (subjectifs). Si, chez le sujet, il doit y avoir un pouvoir sur l'exercice de la puissance publique, cela ne peut être qu'un pouvoir isolé et délimité, présentant, par cela même, la forme d'un droit individuel (subjectif).

Il n'est pas dans la nature du sujet d'avoir de sem-

(19) *Gerber*, Oeff. Rechte, p. 44, parle du cas où l'on veut poursuivre le recouvrement de contributions échues antérieurement dans un territoire cédé : « La créance alors ne serait plus du droit public, mais du droit privé ». — Pour les transformations du domaine public en propriété privée, et des servitudes de droit public en servitudes de droit privé, comp. § 36, III ci-dessous.

blables pouvoirs ; ils ne peuvent lui appartenir que *dérivés* de l'Etat, lequel est la source de toute la puissance publique, lequel en dispose selon sa volonté et peut concéder également sur son exercice des influences légitimes réglées par le droit.

Le droit constitutionnel est plein de pouvoirs de cette espèce, pouvoirs appartenant à des individus qu'il désigne, et ayant pour contenu l'exercice de la puissanee publique pour une certaine part ou dans une certaine direction. Ce n'est qu'au moyen de ces délégations que l'Etat peut arriver à s'organiser et à devenir capable d'agir. Cette organisation se continue dans le droit administratif. La loi et l'acte administratif appellent les individus à une collaboration très variée ; ils leur attribuent dans ce but les pouvoirs nécessaires sur l'exercice de la puissance publique et créent ainsi, à leur profit, des droits individuels (subjectifs) publics (20).

C'est encore la justice qui en fournit les modèles. Nous en rencontrons de différentes espèces. Il y a d'abord cette différence que quelques uns de ces droits — ressemblant à cet égard aux droits que la Constitution délègue au Chef de l'Etat ou aux membres des assemblées législatives — doivent être exercés dans l'intérêt et, comme l'on dit, en représentation de l'Etat. On parle alors de *droits de représentation* (21). Cette direction ne les empêche pas d'être des droits pour les individus auxquels ils sont confiés.

(20) *Jellinek*, dans Verw. Arch., V, p. 307, rejette cette idée du droit individuel (subjectif) public comme illogique : « L'Etat, dit-il, a pouvoir sur l'individu et l'individu sur l'Etat... cela nous rappelle Münchhausen qui se tire du marais par sa propre queue ». Mais il fait là une confusion : l'objet du droit individuel (subjectif) est la puissance publique émanant de l'Etat et l'exercice de cette puissanee ; ce n'est pas l'Etat lui-même. L'existence de ces droits individuels (subjectifs) est un fait très réel et très important, tandis que la doctrine des « status », par lesquels Jellinek veut les remplacer, est une philosophie très savante et très intéressante, mais dont on peut se passer.

(21) *Bernatzik* dans Arch. ür öff. Recht, V, p. 297 ss. : « Le droit à

Digitized by Google

C'est en ce sens que le *juge inamovible* est investi d'un certain pouvoir sur l'exercice de la puissance publique ; il l'exerce au nom de l'Etat et dans l'intérêt de celui-ci ; mais il a le droit individuel (subjectif) public de représenter l'Etat dans ce sens et d'exercer pour lui ce pouvoir. D'autres droits dispensent leur détenteur de suivre une semblable direction et le laissent libre de se servir, dans son propre intérêt, de l'influence sur la puissance publique qu'ils lui attribuent. Ce sont des *droits propres*, comme on les appelle (22).

Les *droits des parties* en fournissent des exemples, le droit d'obtenir une décision du juge, le droit d'être entendu, etc.

Au point de vue juridique, il ne faut pas attacher trop d'importance à cette distinction.

Pour les droits de la première espèce, la direction, qui les caractérise, n'a très souvent qu'une valeur morale, et, en définitive, les droits propres forment également un élément de notre système d'organisation de la puissance publique ; il rentre justement dans le caractère de notre Etat actuel de concilier les deux grands principes de la souveraineté et de la liberté, d'accorder aux intérêts individuels une influence — restreinte, il est vrai, et bien délimitée — sur l'exercice de la puissance publique. Le fanatisme, qui leur oppose une souveraineté pure et intangible, est une réminiscence du régime de la police.

Mais les exemples que nous venons de tirer de la justice contiennent une autre distinction plus intéressante, distinction qui s'attache à la manière dont la puissance publique devient l'objet du pouvoir accordé à l'individu : elle peut trouver son expression soit dans

la position d'organe » ; *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 129 ss. : « Le droit à la qualité d'organe ».

(22) *Rosin* dans Annalen, 1883, p. 287 ss.

Digitized by Google

la forme de la *possession*, soit dans la forme de l'*obligation* (23).

Le *juge* est en possession d'une portion de la puissance publique ; c'est là le caractère de son droit. Il y a, dans l'administration, des *fonctionnaires* dont la situation est analogue. Mais nous trouvons ici toute une variété d'applications du même principe. L'exemple le plus frappant est la grande institution des *corps d'administration propre* (*Selbstverwaltungskörper*) : ce sont des personnes morales auxquelles une portion de l'administration publique appartient en droit propre, pour exercer toute la puissance publique qui s'y rattache, en leur nom et dans leur intérêt. Leur organisation nous présente d'autres droits de la même nature : le droit des électeurs d'instituer les organes de cette administration, le droit des représentants élus, etc. (24).

Nous citerons encore les *concessionnaires de travaux publics*. Ces travaux et entreprises sont des portions de l'administration publique. Ils deviennent ici l'objet d'un pouvoir de l'entrepreneur qui a été autorisé à cette fin.

Le *domaine public* des routes, des fleuves, des

(23) Cette distinction est, quant à ses résultats, à peu près conforme à celle que *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 109 ss., 129 ss., a voulu introduire sous les noms de *status positivus* et *status activus*.

(24) Le droit de suffrage surtout a été l'objet d'études si approfondies qu'on lui a fait perdre toute sa consistance. D'après *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p. 308 (éd. fr., I, p. 495) le droit de voter « n'est que le réflexe des règles constitutionnelles sur la procédure à suivre pour former le Landtag ou le Reichstag » ; ce n'est donc pas un *jus quaesitum*, mais un simple fait, un état de choses. *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 152, déclare : « Le droit de suffrage, — quelque paradoxal que cela paraisse — ne consiste pas du tout dans le droit de donner son suffrage » ; c'est le droit d'être reconnu comme électeur. Mais il reste cependant ce fait que l'électeur, par son ordre, produit un effet juridique ; c'est bien un pouvoir dont il dispose selon sa volonté. Il y a là quelque chose autre que l'ombre des institutions publiques, et qui ne se borne pas à être une reconnaissance platonique ; c'est un droit vivant.

canaux, des cimetières, n'étant autre chose qu'une manifestation de l'administration publique, admet également des concessions, en vertu desquelles des particuliers obtiennent le droit d'en occuper une portion dans leur intérêt et dans un but déterminé : c'est un droit individuel (subjectif) public ayant la forme d'un droit de possession.

Nous retrouverons tout cela.

D'autres droits individuels publics ont la forme d'une obligation. Le droit d'obtenir une décision du juge en fournit le modèle (25). Dans le droit administratif, nous trouvons également des demandeurs avec leur droit d'obtenir une décision du *tribunal administratif*. Mais le même droit existe dans le *recours administratif formel* (*förmliche Beschwerde*), dans le droit à une *permission de police* pour construire, pour exercer une industrie. Mais il n'est pas nécessaire que l'objet de ce droit soit un acte d'autorité. La puissance publique peut être astreinte par la loi à *donner* quelque chose, à *payer* une somme, le salaire de l'employé, l'indemnité due à l'exproprié. L'individu, vis-à-vis duquel cette obligation existe, est investi d'un pouvoir juridique pour la ramener à exécution. Il a un droit individuel (subjectif) public dans la forme d'un droit de créance.

III. — Nous avons constaté qu'il y a des rapports juridiques signifiant un pouvoir du sujet sur l'exercice de la puissance publique.

Ce pouvoir, nous l'appelons un droit individuel

(25) Très exactement, *Trutter* écrit, Prozessuale Rechtsgeschæfte, p. 69 : « Le code de procédure accorde à la volonté du demandeur un pouvoir sur la volonté du tribunal ». C'est un « droit contre le tribunal » (p. 75), et celui-ci remplit ce devoir « comme organe de l'Etat » (p. 78). Comp. *Bülow*, Lehre v. d. Prozesseinreden, p. 3 ; *Jellinek*, Subj. öff. R., p. 118, 119 (« obligation de l'Etat de protéger ») ; *Dantscher*, Pol. Rechte, p. 84.

(subjectif) public. S'il s'agissait seulement du mot « droit », cela ne vaudrait certes pas la peine de discuter. Mais il nous semble qu'à cette expression s'attachent des conséquences sérieuses, conséquences qui correspondent à la notion générale du droit individuel (subjectif).

Qu'est-ce que la valeur juridique d'un droit ?

Elle se manifeste par deux choses : par la *protection* qui lui est due par la puissance publique d'une part, et par sa *disponibilité* d'autre part. Nous retrouvons ici ces deux choses, produisant leurs effets ordinaires, pour autant, du moins, qu'ils ne sont pas contrariés par d'autres principes.

1) Le droit individuel (subjectif) lie la puissance publique, c'est-à-dire la partie de la puissance publique qui est susceptible d'être liée. Le pouvoir exécutif, nous l'avons dit, est né avec ce caractère spécial qui l'oblige à maintenir et à protéger le droit individuel (subjectif) partout où il apparaît. Il doit lui prêter main forte contre le trouble et l'inobservation qu'il peut rencontrer de la part d'autrui, et s'y soumettre lui-même. Dans la sphère du droit administratif, où l'Etat lui-même est en action pour produire, changer et supprimer des rapports juridiques, la protection due au droit individuel (subjectif) se manifeste surtout par l'obligation du pouvoir exécutif de laisser ce droit intact.

Ce pouvoir du sujet sur l'exercice de la puissance publique, une fois établi, est *irrévocable*. Cela se comprend du pouvoir conféré par la loi ; mais cela s'applique également aux pouvoirs créés par la législation secondaire des règlements et même par des actes administratifs : en principe, l'autorité, qui a fait un acte, est libre de le retirer et de changer et d'abolir ainsi le rapport juridique qu'il a créé ; mais dès que, dans ce rapport, apparaît, pour l'individu qui y est

Digitized by Google

compris, un pouvoir qu'il doit avoir sur la puissance publique, l'autorité est tenue. L'inviolabilité du droit individuel (subjectif) n'est pas absolue ; ce droit doit aussi céder à des intérêts supérieurs légalement reconnus ; mais, en dehors d'un titre spécial, il subsiste ; la révocation pure et simple n'est pas possible.

C'est donc une chose assez importante que de créer de semblables rapports juridiques et d'abandonner à l'influence d'un sujet une portion de la puissance publique. Que la loi puisse le faire, cela est hors de doute. Le pouvoir exécutif y est suffisamment légitimé, quand il agit en vertu d'une loi qui l'autorise. En dehors de ces cas, il ne peut engager son action et abandonner des portions de l'administration publique que dans une certaine limite. Constituer des droits à des prestations pécuniaires, concéder des droits de jouissance sur le domaine public, concéder des travaux publics, des entreprises entières appartenant à l'administration des services publics, voilà les exemples qui se présentent le plus souvent. Dans d'autres cas, lorsqu'elle accorde aux individus une influence sur l'exercice de la puissance publique ou qu'elle leur assure qu'elle agira envers eux d'une certaine manière, l'autorité est censée le faire avec la réserve tacite qu'elle pourra révoquer ce qu'elle a dit, quand cela lui semblera être commandé par un intérêt majeur ; il est peut-être d'usage d'insérer, dans l'acte même, une réserve expresse de ce genre. Dans ces cas, nous disons qu'il n'y a pas de droit individuel (subjectif). La réserve de la révocabilité a empêché ce droit de naître.

Mais le principe reste : aussitôt qu'un pouvoir de l'individu sur la puissance publique a été créé sans réserve, il y a droit individuel (subjectif) public et, par conséquent, rapport juridique irrévocable.

2) Il est de la nature du droit individuel que celui auquel il appartient puisse en *disposer*.

Digitized by Google

Cela ne veut pas seulement dire qu'il est libre d'en jouir, de s'en servir ou de ne pas le faire. Ce n'est pas une qualité caractéristique du droit ; car il en est de même de la simple liberté qui n'a pas la forme du droit individuel (subjectif). La disposition, dont nous parlons, ne concerne pas l'exercice du droit, mais la substance même du droit. On en dispose par des actes juridiques qui, en général, sont de deux sortes : la renonciation et le transfert.

Le droit individuel (subjectif) public admet l'une et l'autre modalité, sauf les restrictions qui y sont apportées par des causes spéciales.

Qu'on puisse *renoncer* à des droits individuels (subjectifs) publics, cela ne saurait être contesté (26). Il suffit de citer les différentes créances pécuniaires résultant de rapports juridiques de droit public : le traitement du fonctionnaire, l'indemnité d'expropriation, les remboursements dûs aux contribuables surtaxés, etc. Tout cela peut donner lieu à des renonciations. Mais ce ne sont pas des cas exceptionnels. Les concessions sur le domaine public, — une prise d'eau par exemple concédée sur une rivière navigable, — en tant qu'elles ne sont pas révocables *ad libitum* constituent, pour le concessionnaire, un droit individuel (subjectif) ; il peut faire disparaître ce droit par sa renonciation. Les droits individuels (subjectifs) correspondant à des fonctions publiques et ayant pour objet l'exercice d'une certaine portion de la puissance publique ne sont pas absolument exempts de renonciation. On ne peut pas y renoncer en gardant la fonction, cela va sans dire, et la fonction est, en première ligne, un devoir qui lie le fonctionnaire. Mais celui-ci

(26) On a voulu écarter la possibilité d'une renonciation en établissant l'axiome que tout droit individuel (subjectif) public constitue lui-même un devoir : *V. Sarwey*, Oeff. Rechte und Verw. R. Pfl., p. 420 ss.; *Pfizer*, Reform der V. R. Pfl., p. 15 ss. Ce n'est pas soutenable.

Digitized by Google

a le droit d'exiger sa démission, démission que le gouvernement ne pourrait pas lui imposer spontanément. Cette demande contient en même temps la renonciation à son droit. Il y a là une certaine analogie avec la situation d'un concessionnaire de travaux publics ou d'une entreprise d'intérêt public, d'un chemin de fer, par exemple ; le concessionnaire a le droit de diriger et d'exploiter un service public à la place de l'administration ; c'est un droit individuel (subjectif) public. Il ne peut pas simplement renoncer à ce droit, parce qu'il est obligé de s'en servir. Mais il peut proposer au gouvernement de le décharger de cette obligation, et cette proposition contient, en même temps, une renonciation éventuelle à son droit.

Que la commune, la province, la corporation et toutes les autres personnes morales du droit public ne puissent renoncer à la portion d'administration propre qui leur est attribuée, cela ne vient pas de la qualité de ce droit individuel (subjectif) public; cela provient de la qualité de ces personnes elles-mêmes qui sont créées uniquement pour gérer cette administration et dont les représentants, par conséquent, n'ont pas compétence pour y renoncer.

On peut *transférer* les droits publics, comme on peut y renoncer (27). Pour les droits publics propres, tout au moins, c'est la règle. Les droits de représentation, il est vrai, s'y opposent par leur nature : les droits du fonctionnaire inamovible, les droits du député n'admettent pas de substitution. Mais les droits

(27) D'après *Loening*, Verw. Recht, p. 13, 17, et *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 304, il serait de principe qu'il n'y aurait pas de succession à des droits individuels (subjectifs) publics. Comme exception à cette règle ils mentionnent, tous les deux, le cas de la Gewerbeordnung § 46 : la veuve et les héritiers mineurs peuvent continuer à exercer l'industrie pour laquelle l'autorisation avait été donnée au défunt. Mais, dans ce cas, il ne s'agit pas même d'un droit individuel (subjectif) public : il y a là une permission de police qui a simplement rétabli l'état de liberté naturelle.

au salaire, les droits à l'indemnité d'expropriation et généralement toutes les créances pécuniaires, quoique dépendant du droit public, peuvent être cédées, données en gage, frappées de saisie-arrêt, en tant que la loi positive n'établit pas d'exception. Il en est de même des concessions de prise d'eau, de sépulture et de toutes les autres concessions sur le domaine public ; elles peuvent être vendues, léguées, données à bail. Les concessionnaires d'un chemin de fer et autres entrepreneurs de services publics ont même plus de facilité pour céder leur droit que pour y renoncer. Les communes et autres personnes morales du droit public peuvent, de leur côté, faire des concessions sur leur rues et cimetières, se substituer des entrepreneurs pour leurs travaux publics, ponts, rues, écoles. Il intervient même des conventions entre elles ou avec l'Etat sur la propriété des chemins publics, sur des cimetières communs, sur des écoles et sur d'autres services publics.

Il y a une espèce de droit individuel (subjectif) public que nous n'avons pas mentionné jusqu'ici et qui semble présenter des difficultés particulières. (Il y a toujours des difficultés, quand nous rencontrons des formes, pour lesquelles le droit civil ne nous donne pas de modèle). Voici le problème : il faut une permission de police pour exercer tel ou tel métier ; celui qui remplit les conditions fixées par la loi a le droit de l'obtenir. Peut-on renoncer à ce droit, peut-on le transférer ?

Voici encore le permis de chasse, qui doit être accordé chaque fois qu'il n'y a pas de cause spéciale de la refuser ; est-ce un droit individuel (subjectif) public ? Peut-on en disposer ? Evidemment non. Mais il faut bien se rendre compte de ce qu'est ce droit Ce qu'on appelle ainsi n'est pas encore le droit lui-même, ne représente pas encore le pouvoir sur l'exercice de la

puissance publique. C'est la *faculté* d'assumer ce droit en réclamant la permission. C'est seulement au moment où cette réclamation est faite que le droit apparaît. Le contenu de ce droit est que la qualité du réclamant doit être reconnue comme suffisante pour provoquer l'acte voulu (28). Naturellement, un semblable droit ne peut pas être cédé. On peut y renoncer, mais c'est seulement retirer la demande ; les qualités supposées restant les mêmes, on pourra toujours se représenter pour produire le même effet : à savoir le droit d'obtenir la décision favorable. Quand la permission d'obtenir ne dépend pas de la qualité de la personne, mais d'une chose, d'un établissement industriel par exemple, on peut céder la chose, l'établissement, et mettre ainsi une autre personne dans la possibilité de

(28) *Jellinek*, Subj. öff. Rechte, p. 115 : « Si l'on embrasse les droits formellement reconnus et individualisés qui ont leur source dans le *status* positif, dans une formule commune, elle indique, pour l'individu, la faculté, protégée par le droit, de réclamer de l'Etat des prestations positives ». Nous ne pourrions pas mieux définir l'idée juridique qui se présente dans les cas dont nous parlons ci-dessus. Ce qui nous sépare de *Jellinek*, c'est, d'une part, sa tendance à généraliser cette idée qui a sa place particulière ; il veut que tout droit public se rattache ainsi à un certain « status » ; mais c'est faire violence à la réalité ; il n'y a pas de *status* derrière le droit à une indemnité d'expropriation, au salaire de l'employé, à l'exploitation d'un chemin de fer. D'autre part, il exagère l'importance de ses *status*, en voulant y placer le centre de l'intérêt et en ne laissant pour contenu au droit qui en résulte, que la reconnaissance du *status*. Pour nous, l'objet du droit est un effet juridique à produire, le *status* en est la condition ; il ne s'agit pas seulement de reconnaître qu'il existe, mais de reconnaître qu'il produit, dans le cas spécial l'effet déterminé, ou plutôt que la volonté de l'individu produit cet effet en vertu du « status ». *Radnitzki*, Parteiw. p. 30 ss., distingue « la faculté ou le pouvoir de voter », qui n'est pas encore un droit, mais d'où grâce aux arrangements pris par l'autorité pour en rendre possible l'exercice, naît « un droit individuel (subjectif) d'être admis au vote ». Nous dirions plutôt que ce droit naît à partir du moment où l'individu se présente pour voter, qu'il a pour contenu la collaboration au résultat de l'élection et, par conséquent, l'admission à la formalité du vote.

(29) Il y aura une conséquence à tirer de cette distinction entre la simple faculté et le droit qui en résulte, quand il s'agira de déterminer les personnes, qui sont « autorisées à exercer une industrie » (*zum Betriebe berecktigte*) dans le sens de la Gewerbeordnung, § 1, al. 2. Comp. § 21, note 2 ci-dessous.

Digitized by Google

faire naître pour elle ce droit à une décision favorable en formulant une demande. Mais ce n'est pas céder le droit individuel (subjectif) public lui-même.

Si la demande, au moment de la cession, a été déjà faite, il peut se produire une succession dans ce droit public, de même que le demandeur en revendication d'un immeuble peut se faire remplacer dans la procédure — rapport de droit public avec le tribunal — par son acheteur. Le principe est que cette catégorie de droits individuels (subjectifs) publics, dépendant uniquement de l'existence de certaines qualités chez le prétendant, ne peuvent être transférés qu'avec ces qualités, et peuvent, en dépit de toute renonciation, toujours se reproduire, tant que ces qualités subsistent.

Ces règles trouvent leur application dans les hypothèses suivantes : droit de prendre part à des élections publiques comme électeur, droit de faire expédier ses lettres par la poste, droit d'obtenir une décision de l'autorité supérieure sur le recours formé contre un acte administratif.

Digitized by Google

§ 10

Les sources du droit administratif

Le *droit constitutionnel* contient la réglementation fondamentale du rapport existant, dans l'administration, entre la puissance publique et le sujet. Il se forme ensuite d'autres règles de droit pour déterminer ce rapport; ce sont les *règles du droit administratif.*

Les différentes formes dans lesquelles ces règles sont crées, s'appellent les *sources du droit administratif.* Dans le droit actuel, il y en a *quatre*: la loi, l'ordonnance, le statut autonome et la coutume.

Mais nous rencontrons aussi des règles de droit, qui nous sont *léguées* par des époques antérieures, qui datent d'une époque antérieure au droit constitutionnel et administratif actuel, et qui proviennent de sources qui ne sont pas en harmonie avec l'ordre actuel.

I. — En tête de toutes les sources du droit, on trouve aujourd'hui la *loi constitutionnelle*, c'est-à-dire la loi émise selon les prescriptions de la Constitution.

C'est une source du droit administratif, quand elle concerne le rapport qui se produit, dans l'administration, entre la puissance publique et le sujet, et quand elle contient des règles de droit qui déterminent le rapport. Quand nous parlons d'une loi administrative, nous sommes censés entendre une loi ayant ce contenu (1). Cela ne veut pas dire que tout son con-

(1) *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 7; *v. Sarwey*, Allg. Verw. Recht, p. 37 Contrairement à la signification ordinaire du mot, *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 679 (éd. franç. II, p. 519) veut entendre par loi

Digitized by Google

tenu doit être règle de droit; elle reste une source du droit administratif, bien qu'elle contienne, en même temps, de simples énonciations d'opinion ou des dispositions individuelles, qui, à elles seules, n'en feraient pas une source du droit. Cette expression s'attache à l'ensemble de l'acte qui comprend la règle de droit.

Si l'on passe en revue nos règles de droit administratif, l'on voit quantité de prescriptions qui portent le nom de lois, sans avoir la forme d'une loi constitutionnelle. Ce sont des lois de la période antérieure à la promulgation de la Constitution.

Voici ce qui s'est produit.

Le régime de la police sous l'absolutisme avait bien, pour la sphère de la justice, des lois établissant des règles obligatoires des deux côtés; elles sont devenues le modèle de notre loi actuelle, laquelle est applicable partout. Pour l'administration, cela n'existait pas (comp. § 4, I, n. 1 ci-dessus). Du jour où la Constitution est établie, l'administration doit être liée par des lois; toutes les fois qu'il s'agit de porter atteinte à la propriété ou à la liberté, l'administration, pour pouvoir agir d'une manière licite, a même besoin de s'appuyer sur la loi (comp. § 6, I, n. 2 ci-dessus). Dans cette situation, deux choses sont possibles : ou bien la législation se met immédiatement à fonctionner avec une activité fiévreuse, ou bien on laisse passer comme lois dans le sens nouveau ceux des anciens règlements qui leur ressemblent le plus, sauf à les modifier et à les compléter selon les besoins, tout comme les nouvelles lois.

C'est ce dernier procédé, que nous voyons choisi

administrative le contraire de la loi juridique c'est-à-dire de la loi qui contient une règle de droit. Mais le contraire de la loi administrative n'est pas la règle de droit, mais la loi de justice, c'est-à-dire celle qui sert à organiser la justice. Il nous semble impossible de nier le caractère de règles de droit qu'ont les lois administratives.

Digitized by Google

généralement. Tout ce que le prince, en vertu de son pouvoir absolu, avait ordonné vis-à-vis des sujets sous forme de règle générale, sous quelque nom que ce soit, est considéré aujourd'hui comme une loi.

Et le critérium, c'est le fait de la *publication* (2). Ce qui n'est pas publié est considéré comme simple communication, instruction, exhortation, concernant exclusivement les autorités et n'ayant aucune valeur juridique vis-à-vis des sujets.

Ce critérium, il est vrai, est bien superficiel, pour ne pas dire pris au hasard. Car la publication, comme nous l'avons vu, se faisait alors simplement dans le but pratique d'avertir les sujets de ce qu'on attendait d'eux et de ce qu'ils avaient à attendre des autorités (comp. § 4, note 10 ci-dessus) ; elle n'ajoutait rien au caractère juridique de l'acte. Une simple communication faite aux autorités pouvait, pour les sujets, signifier la même chose. Il n'est pas étonnant que, contrairement à l'opinion assez généralement admise, on ait déjà voulu revendiquer la « force de la loi » pour des ordres non publiés, dont le contenu semblait y inviter (3).

Néanmoins, on a bien fait de s'en tenir à ce crité-

(2) *Gneist*, Rechtsstaat, p. 218 ; le même, dans Holzendorff, Rechtslexikon (3e éd.) III, 2 p. 1063 ; *V. Sarwey*, Allg. Verw. Recht. p. 16 ; *Arndt*, Verord. Recht, p. 30 ; Reichsgesetz, 24 janv. 1885 (Samml. XIII, p. 213) ; Obertrib. 22 fév. 1858 (Str. XXIX, p. 149) ; Bl. für adm. Pr., 1876, p. 10.

(3) Un exemple frappant dans Obertrib., 21 déc. 1854 (Str., XVI, p. 101), où l'on traite de loi-règle de droit un rescrit non publié, ainsi conçu : « Mon cher ministre baron de Schulenburg. Il est juste, que les sujets, qui reçoivent gratuitement de nos forêts du bois de construction, soient astreints à faire gratuitement des travaux d'exploitation de ces forêts ». La solution que *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht., I, p. 90 ss., a proposée, nous paraît être un peu factice. — En France, autrefois, la transition à l'Etat constitutionnel amena des controverses, tout à fait semblables, relativement aux anciennes ordonnances : la Cour de cassation ne voulait considérer comme lois que celles qui avaient été enregistrées par le Parlement ; le Conseil d'Etat en ajoutait d'autres. *Dufour*, Droit adm., I, nos 33 et 34.

Digitized by Google

rium : il n'est pas exact, mais c'est cependant le seul qui puisse opposer une barrière à la foule des instructions et réglementations anciennes qui s'infiltreraient dans notre législation.

Seulement, il ne faut pas oublier qu'en adoptant ces anciennes « lois » on leur attribue une qualification que, à l'origine, elles n'avaient pas. Nous les déclarons obligatoires pour tout le pouvoir exécutif, le prince y compris, tandis que, primitivement, elles ne liaient juridiquement que les fonctionnaires vis-à-vis de leur maître. Nous les acceptons comme le fondement dont, d'après la Constitution, le prince aussi bien que les fonctionnaires ont besoin pour porter, d'une manière licite, atteinte à la liberté ou à la propriété des sujets, tandis que, auparavant, tout cela était déjà compris dans le pouvoir absolu du prince et dans les commissions générales données par ce dernier à ses fonctionnaires ; la prétendue loi ne pouvait pas servir à augmenter cette puissance ; elle servait plutôt à la déterminer et ainsi à la restreindre. Souvent aussi, l'ancien législateur n'a formulé que des considérations et des principes très généraux, qui ne donnent l'impression d'une autorisation voulue que lorsqu'on se les représente comme formant le contenu d'une loi moderne et se détachant de la réserve constitutionnelle de la loi (4).

L'Etat moderne, le *Rechtstaat*, a dû trouver dans cet héritage mainte loi qui n'est pas bien en harmonie avec sa propre législation.

(4) Ainsi, par exemple, la proposition, dans A. L. R., II, 17, § 10, qui énumère, d'une manière doctrinale, les tâches de la police, est devenue, après l'établissement de la Constitution, le fondement légal nécessaire pour les pouvoirs, un peu trop larges, de la police prussienne. A l'origine, cette proposition signifiait tout simplement : sur la police, l'Allgemeines Landrecht ne donne pas de dispositions spéciales. La police, à cette époque, n'avait pas besoin de cela pour faire sa besogne.

II. — La seconde source du droit administratif est l'*ordonnance*.

Nous appelons ordonnance *un acte de l'Etat ayant force obligatoire générale et qui n'est pas émis dans la forme de la loi*.

L'ordonnance se distingue donc de la loi par son origine : elle émane du *pouvoir exécutif* ; c'est un organe quelconque de ce pouvoir qui l'émet.

Il faut que ce soit un acte de l'*Etat* pour qu'elle se distingue d'une autre catégorie d'actes ayant force obligatoire générale : les statuts autonomes.

Enfin, le fait que l'acte est revêtu de la *force obligatoire générale* distingue l'ordonnance de tous les autres actes du pouvoir exécutif et la rapproche de la loi.

C'est sur ce dernier élément que l'intérêt de notre examen doit se concentrer.

La faculté d'agir avec une force obligatoire générale n'est pas comprise dans le pouvoir exécutif même. Cette faculté est, dans l'Etat constitutionnel, considérée comme une qualité particulière du pouvoir législatif ; elle n'appartient donc, en principe, qu'à lui.

Mais cette force de la loi, ce pouvoir d'agir à la manière d'une règle de droit, peut être *déléguée* à un membre du pouvoir exécutif, au prince en personne ou à une autorité. La faculté spéciale qui en résulte pour ce membre du pouvoir exécutif est appelée le *droit de faire des ordonnances, le pouvoir réglementaire* (*Verordnungsrecht*) (5).

(5) *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, p. 585. Parmi les juristes prussiens, l'opinion s'est affirmée que la couronne a un droit indépendant de faire des ordonnances prœter legem ; *Gneist*, Verw., Justiz. Rechtsweg, p. 74 ; *Arndt*, Verord. Recht, p. 64 ss. ; *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, I, p. 437. Cela résulte d'une confusion qu'on fait entre l'ordonnance-règle de droit et la simple prescription administrative (instruction, circulaire, etc.). Ainsi, par exemple, *Bornhak*, *loc. cit.*, p. 442, classe tout bonnement parmi les règles de droit une « instruction, qui prescrit aux autorités leur manière de procéder ». *Zolger*, Oesterreich.

Cette délégation, la loi peut la faire *d'une manière expresse*, soit en vue de compléter une loi déterminée (clause d'autorisation), soit en vue de régler librement certains objets qui sont abandonnés à l'ordonnance (exemple principal : le règlement de police).

Tacitement, la délégation est attachée à la loi par la disposition constitutionnelle qui attribue au prince les ordonnances d'exécution. En vertu de cette disposition, le prince est autorisé à formuler, à la suite de chaque loi, les règles de droit nécessaires à son exécution, en tant que la loi elle-même n'exclut pas cette compétence. Cette exclusion existe, dans le doute, pour la loi civile et pour la loi pénale ; les lois d'organisation, de procédure et d'administration, au contraire, admettent les ordonnances d'exécution, quand elles ne les excluent pas formellement pour se réserver à elles-mêmes le complément qui pourrait devenir nécessaire.

La *validité* de l'ordonnance dépend donc de sa conformité à la loi, selon les règles de l'exécution ; c'est ce qui se passe pour l'acte administratif autorisé (6). Mais l'ordonnance, quand elle émane d'une autorité investie du droit de faire des ordonnances, atteste par elle-même sa validité ; elle continue à produire son effet aussi longtemps que l'invalidité n'en est pas prononcée en vertu d'une compétence de contrôle (comp. § 8, note 7 ci-dessus).

Mais n'est pas ordonnance tout acte émanant d'une autorité investie du droit de faire des ordonnances. Il

Verord. Recht, p. 93 ss., a commis, sous l'influence d'*Arndt*, la même erreur ; comp. Arch. für öff. Recht, XIV, p. 137. *Anschütz*, die gegenwærtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden gewalt, combat avec vigueur « ces tendances pseudo-absolutistes » (p. 1).

(6) *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 610 (éd. fr. II, p. 411). C'est une erreur d'*Arndt*, Verord. Recht, p. 83 de ne pas reconnaître d'autre limite à l'ordonnance d'exécution, que celle de ne pas être en contradiction avec une loi ; elle est plus étroitement liée par la loi à exécuter ; cf. le § 7 note 7 ci-dessus.

Digitized by Google

y a une situation toute différente de celle de la loi. L'acte émanant du pouvoir législatif a toujours la même forme, le même nom et les mêmes qualités juridiques ; seul, l'effet dépend de son contenu. L'acte de l'autorité, au contraire, ne s'appelle pas ordonnance toutes les fois qu'il ne présente qu'une décision ou une disposition pour un cas individuel. Pour qu'il y ait ordonnance, il faut que l'autorité agisse par voie de règle générale, établie et publiée dans les formes prescrites à cet effet. Encore cela ne suffit-il pas.

Les autorités administratives peuvent régler les devoirs de leurs subordonnés par des instructions générales, ou organiser le service des établissements publics par des prescriptions administratives rendues publiques de la même manière que leurs ordonnances. Ces actes ne sont pas destinés à formuler des règles de droit ; par conséquent, ils ne rentrent pas dans la notion de l'ordonnance comme source du droit administratif, telle que nous l'avons définie.

Il s'en suit que la forme extérieure ne nous fournit pas ici le criterium décisif pour distinguer les ordonnances. Nous ne pouvons pas nous dispenser de rechercher ce que l'autorité a voulu.

Il n'y a ordonnance que dans le cas où il résulte des circonstances que l'autorité a eu l'intention d'user de la faculté qui lui a été attribuée de faire des règles de droit. Cela peut résulter de la forme de la publication, quand il y a des journaux spéciaux pour les ordonnances (celles du chef de l'Etat, par exemple, sont insérées exclusivement dans le *Bulletin des lois*) ; cela peut résulter encore de l'intitulé de la publication, par exemple l'acte est appelé lui-même une ordonnance. En dernière analyse, c'est toujours au contenu de l'acte qu'il faut recourir.

Nous devons considérer comme ordonnance *tout acte réglant d'une manière générale des matières pour*

lesquelles l'autorité, dont l'acte émane, est investie du droit de faire des ordonnances (7).

Tout ce qu'un acte pareil contient n'est pas nécessairement règle de droit ; cela peut être une opinion, une recommandation, un exposé de motifs. Mais il faut ici suivre la méthode dont nous avons déjà recommandé l'observation pour la loi : ne pas facilement nier la qualité de règle de droit (comp. § 7, III, n. 2 ci-dessus) (8).

L'ordonnance qui se présente dans ces conditions compte parmi les sources du droit ; elle est une source du droit administratif, quand elle contient des règles concernant le rapport entre la puissance publique et le sujet. Dans ce sens, nous plaçons, à côté de la loi administrative, l'*ordonnance administrative*.

Le mot « ordonnance » (*Verordnung*) était déjà usité comme forme technique à l'époque où il n'y avait pas encore de Constitution ni de Droit administratif. La signification variait alors beaucoup. On y comprenait tantôt tous les actes d'autorité, tantôt tous les actes émis par le prince en personne, tantôt l'éta-

(7) Il n'y a pas de voie d'ordonnance « au sens où il y a une voie de législation » : *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 592 (éd. fr. II, p. 381). La forme dans laquelle l'ordonnance est créée est la forme commune aux actes du pouvoir exécutif et n'a pas d'importance propre. Il n'y a aucun intérêt à répéter ici la distinction que l'on a faite entre la loi dans le sens formel et la loi dans le sens matériel. C'est ce qu'ont voulu faire *Laband*, Staatsrecht, éd. all. I, p. 590 (éd. fr. II, p. 379) ; *Seligmann*, Begriff des Gesetzs, p. 103.

(8) *Laband*, Staatsrecht, I, p. 681 (éd. fr. II, p. 521). La notion de l'ordonnance, telle que nous venons de la fixer, donne la solution de la question si vivement discutée sur la nature juridique de l'ordonnance d'organisation. (*Loening*, Verw. Recht., p. 270 ; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, p. 387 ; *Seydel*, Bay. Staatsrecht, I, p. 261) : il s'agit simplement de savoir si cette ordonnance a été émise dans l'exercice d'un droit de faire des ordonnances, en vertu d'une loi qui en a donné l'autorisation ; ou bien si c'est un acte du pouvoir discrétionnaire de l'autorité supérieure sur la composition intérieure des organes de l'Etat et sur l'emploi de son personnel. Dans ce dernier cas, l'acte n'est pas une ordonnance dans le vrai sens du mot ; il appartient à la classe des règles générales dont nous allons parler au texte.

blissement d'une règle générale au nom de l'Etat. Sous la Constitution, les lois qui contiennent des règles générales se détachent de cette notion. Enfin, sous le régime du droit, où la question de savoir s'il y a règle de droit ou non, entraîne chaque fois une différence si fondamentale, il faut encore distinguer entre les règles du pouvoir exécutif. Si nous appelons ordonnance (*Verordnung*) les actes du pouvoir exécutif qui contiennent des règles de droit, il nous faut évidemment un autre nom pour ceux de ces actes qui contiennent également des règles générales, mais qui ne sont pas des règles de droit. Ces autres règles, nous les avons déjà mentionnées aux § 8, II, n. 3 et § 9, I, n. 2 ci-dessus. Elles ont pour fondement, non pas une délégation de la loi, mais un rapport de sujétion particulière ; leur nature juridique est celle d'actes administratifs généraux ou de dispositions générales (*Generalverfügungen*). Il n'y a pas d'autres cas où le pouvoir exécutif, en dehors d'une délégation de la loi et de l'établissement de véritables règles de droit, puisse formuler des règles qui obligent ceux auxquels elles sont adressées.

Pour désigner, par opposition à ce nous appelons ordonnance, un acte qui ne doit contenir que des règles de la seconde espèce, la terminologie ne s'est pas encore fixée. La législation de l'Empire allemand se sert, dans ce but, de l'expression « prescription administrative » (Verwaltungsvorschrift). Il serait bon de s'y tenir (9).

(9) Sur la différence qu'il y a entre ces prescriptions administratives du droit de l'Empire et les ordonnances qui contiennent des règles de droit, comp. *Seydel* dans Annalen 1874, p. 1143 ss.; *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p. 596 (éd. fr., II, p. 387 ss.), où est réfutée l'opinion d'*Arndt*, qui réclame pour ces prescriptions le caractère de règles de droit. *Haenel*, Staatsrecht, I, p. 382 veut donner à l'expression « prescription administrative » une « signification subjective » : elle doit vouloir indiquer l'auteur de l'acte, qui est l'administration, c'est-à-dire le pouvoir

Digitized by Google

III. — Une troisième source du droit administratif, moins riche que les autres, vient de l'*autonomie*.

L'autonomie, la législation propre, dans la sphère de l'administration, ne se trouve que jointe à l'administration propre (*Selbstverwaltung*) (10).

L'administration propre, c'est l'attribution à une personne morale du droit public inférieur (à un corps d'administration propre) d'une portion de l'administration publique pour la gérer en son nom. C'est de l'administration publique détachée de l'Etat. Ses objets forment les « affaires propres » du corps d'administration propre.

Cela n'entraîne pas nécessairement la faculté d'agir, dans le cercle de ces attributions, par des règles de droit. Car cette faculté est une force propre à la loi, force qui ne peut être attachée à une autre source qu'en vertu d'une délégation faite par la loi.

Mais la loi donne quelquefois aux corps d'administration propre une autorisation de ce genre, pour une certaine étendue, afin de les mettre en mesure de gérer leurs affaires. Lorsque cela a eu lieu, le corps d'administration propre a le droit d'autonomie, de législa-

exécutif. Cela pourrait com: rendre des règles de droit. Nous interpréterons plutôt en ce sens que « administratif » veut désigner ici une prescription dont la force n'est pas empruntée à la loi, mais repose sur la force propre de l'administration, du pouvoir exécutif. Depuis quelque temps, en doctrine, on a pris l'habitude de marquer le contraste en appelant les ordonnances « ordonnances de droit » (Rechtsverordnungen) et les prescriptions administratives « ordonnances d'administration » (Verwaltungs verordnungen). *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p. 592 (éd. fr., II, p. 382, note 1) donne une énumération de tous les auteurs qui ont déjà adopté cette terminologie. Logiquement, elle n'est possible que quand on s'associe à Laband pour entendre par loi administrative une loi qui ne contient pas de règles de droit (comp. la note 1 ci-dessus). Le prix me semble un peu élevé pour un avantage très douteux. Pourquoi persister à donner le nom d'ordonnance à deux choses si différentes ? Il est vrai qu'autrefois elles étaient identiques ; mais, pour que notre langage soit clair et simple, il faut savoir échapper à cette influence inconsciente du passé.

(10) *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p. 104 (éd. fr., I, p. 177) ; *Gareis*, Allg. Staatsrecht, p. 86.

Digitized by Google

tion propre, c'est-à-dire la faculté de formuler, en son nom, des règles obligatoires générales, d'établir des préceptes de droit. Ces préceptes s'appellent des *règles de droit autonomes*. Les actes par lesquels ce droit de législation propre est exercé s'appellent des *statuts*. Ces statuts, par lesquels le corps d'administration propre manifeste sa force créatrice de règles de droit, sont des sources du droit; quand ces règles déterminent les rapports de la puissance publique et des sujets dans la sphère d'administration qui lui est attribuée, elles constituent des sources du droit administratif.

L'autonomie correspond donc au droit de faire des ordonnances, le statut correspond à l'ordonnance.

La différence réside en ceci : l'ordonnance formule ses règles *au nom de l'Etat* ; le statut autonome, au contraire, est émis *au nom de la personne morale subordonnée* ; par conséquent, la manière dont le statut est créé, modifié et aboli se détermine, non pas d'après le droit constitutionnel et l'organisation des autorités, mais d'après les règles de l'organisation propre (11).

Les deux sortes de droit positif se présentent quelquefois l'une à côté de l'autre, réunies par une origine commune. Les chefs des communes, chargés de l'administration des affaires communales et de l'exercice de l'autonomie qui y est jointe, peuvent être appelés, en même temps, à gérer des affaires qui dépendent du pouvoir central avec le droit de faire des ordon-

(11) *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p. 104 (éd. fr., I, p. 177); *G. Meyer* énumère parmi les sources du droit administratif comme « établissements autonomes », entre autres, « les règlements intérieurs des autorites et tribunaux administratifs organisés d'après le système collégial ». Mais, tout d'abord, ce ne sont pas des règles de droit ; de plus, fussent-ils des règles de droit, il n'y aurait pas d'autonomie, parce que le « droit propre » manque ; ce ne pourraient être que des ordonnances. *Roesler*, Verw. Recht, I, p. 18 ne donne qu'une définition très insuffisante de notre source de droit.

nances de police. Ils créent alors deux sortes de règles de droit, différentes entre elles quant à leur nature juridique et quant aux conditions dans lesquelles elles sont établies (12).

De même que dans l'administration de l'Etat, nous rencontrons également dans l'administration propre de simples prescriptions administratives contenant des instructions pour les employés ou des règlements intérieurs des services publics qui dépendent de cette administration.

Mais il y a ici encore une catégorie spéciale d'actes réglementaires qui portent également le nom de *statuts* ; ce sont les *statuts d'association* ou *de corporation*. Malgré cette identité de nom, il faut bien les distinguer de la source de droit dont nous venons de parler.

Ces statuts d'association reposent sur un fondement tout autre, qui, en partie, est en dehors de la sphère du droit public.

L'association, la corporation appartiennent tout d'abord au droit civil.

L'*association* se forme par le contrat, qui réunit plusieurs personnes dans un but commun. Elle a ses statuts, qui règlent son organisation, les droits et devoirs de ses membres. En vertu de ce contrat originaire, la représentation de l'association prend des résolutions pour développer les règles de conduite à imposer à ses membres. Ces décisions s'appellent également des *statuts*. Les membres y sont soumis en vertu de leur engagement, sans qu'il y ait besoin d'un consentement nouveau. C'est ce que nous appelons le

(12) Pour distinguer ces deux sortes de règles, le droit Bavarois parle de « statuts communaux » d'une part, et de « prescription de police locale » d'autre part ; *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, p. 41 ss.; Bl. für adm. Pr. 1871, p. 306. Dans le royaume de Saxe, on les appelle « statuts locaux » et « régulatifs de police » ; *Lenthold*, Sæchs. Verw. Recht, p. 78, note 7.

pouvoir de l'association, qui est exercé sur eux (*Vereinsgewalt*).

Quand l'association acquiert la personnalité morale, devient une *corporation*, les rapports intérieurs sont modifiés en conséquence : le pouvoir de l'association s'exerce désormais non plus en vertu d'un engagement réciproque, mais en vertu d'un engagement vis-à-vis de la personne morale et au nom de celle-ci.

Il faut ajouter qu'il y a des personnes morales du droit public, formées sur la base d'une association d'individus ; ce sont les *associations syndicales* (*öffentliche Genossenschaften*). Que l'entrée en soit libre ou forcée, l'association syndicale signifie toujours la soumission au pouvoir d'association à exercer au nom de l'association syndicale (13). Mais ici ce pouvoir, par sa nature juridique, appartient au droit public ; le rapport entre l'association et ses membres est un rapport de sujétion particulière, ainsi que nous l'avons exposé au § 9, I, n. 2 ci-dessus. L'obligation des membres en vertu de ce rapport, peut être déterminée au nom de l'association publique par des actes administratifs généraux. Ce sont ces actes qui s'appellent des statuts. Ce sont des actes du droit public, ce sont des règles générales ; mais elles diffèrent essentiellement de nos statuts autonomes. Ces statuts de corporation n'agissent pas avec la force obligatoire générale de la loi, ils n'agissent qu'en vertu du rapport de sujétion particulière. Ce ne sont pas, comme ceux-ci, des sources du droit administratif ; ce sont de simples prescriptions administratives, de la même nature juridique que les instruc-

(13) Sur les variations de ce pouvoir d'association, comp. *Gierke*, Genoss. Theorie, pp. 150, 141. Puisque toutes ces différentes formes se tiennent entre elles, la question de savoir si la corporation privée est investie de l'autonomie n'est pas aussi dépourvue d'intérêt pour notre matière que le croit *Rosin*, Oeffent. Genoss., p. 182, note 1.

tions pour les fonctionnaires ou les règlements de services publics. Si la loi intervient pour les régler, c'est non pas pour changer leur nature, mais pour fixer les limites et les formes de l'exercice de ce pouvoir qui continue, néanmoins, à produire non pas des règles de droit, mais des dispositions administratives générales (14).

Quand il y a une loi déterminant le pouvoir qui doit appartenir à la direction d'une personne morale du droit public pour régler les intérêts de celle-ci, on peut se demander s'il s'agit d'une autonomie ou d'un pouvoir d'association, de règles de droit à faire ou de simples prescriptions administratives. Mais on peut être certain qu'il s'agit d'autonomie et par conséquent de règles de droit, toutes les fois que la loi permet à une association syndicale de réglementer pour des personnes qui ne sont pas ses membres et qui, par conséquent, ne sont pas soumises au pouvoir de l'association, ou toutes les fois qu'elle autorise un corps d'administration propre qui n'a pas la forme d'une association et qui, par conséquent, n'a pas de pouvoir d'association (15).

(14) *Rosin*, Oeff. Genoss., p. 187 ss., appelle cela des règles de droit statutaires « qui reposent sur le pouvoir propre de l'association vis-à-vis de ses membres ». De même, *Gierke*, Genoss. Theorie, p. 720, note 2. Mais c'est justement parce qu'elles reposent sur ce pouvoir propre, qu'elles ne sont pas des règles de droit. Dans l'Etat moderne, il n'y a pas de pouvoir de créer le droit, qui ne soit délégué par l'Etat.

(15) La commune ne repose pas sur une association ; par conséquent, elle n'a pas de pouvoir d'association sur ses membres. Or, d'après la loi Bavaroise sur les communes, art. 41, 49, 112, n° 15, un règlement statutaire peut imposer des droits d'octroi, ordonner des prestations en nature, régler la charge des logements militaires. Ce sont, comme *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, p. 42 les appelle, des « actes de législation de la commune dans son cercle d'action propre », par opposition aux règlements de police, qu'il appelle des « actes de législation de la commune dans son cercle d'action délégué ». *Loening*, Verw. Recht, p. 182, fait disparaître la distinction en voulant ramener l'un et l'autre à l'autonomie de la commune ; mais il n'y a autonomie que dans le premier cas. *Gierke*, au contraire, Genoss. Theorie, p. 720, refuse le caractère d'autonomie à l'un et à l'autre, parce que, pour lui, l'autonomie est l'opposé d'une législation déléguée ou dont l'exercice a été

Digitized by Google

IV. — A côté du droit positif, qui découle des trois sources dont nous venons de parler, nous trouvons le droit coutumier, créé non pas par un acte d'autorité, mais par le fait de l'usage, par la coutume. La coutume qui a cette force et qui, par conséquent, est une source du droit, s'appelle la *coutume juridiquement obligatoire* (16).

Très souvent, dans notre littérature, on parle d'un

concédé » ; mais le pouvoir de faire des règles de droit, exercé par les fonctionnaires de la commune, est toujours un pouvoir délégué. Il y a seulement cette différence, que le pouvoir peut être délégué à la commune, pour être exercé en son nom par ses fonctionnaires (autonomie), ou à ses fonctionnaires, pour être exercé par eux au nom de l'Etat (ordonnance). Puisque, dans l'autonomie, il s'agit de règles de droit, il n'est pas exact de dire, avec *Gierke*, que tous les actes d'autonomie « appartiennent nécessairement à la vie intérieure de la commune ». Le statut d'autonomie qui établit des droits d'octroi n'oblige pas seulement les membres de la commune, mais « tous ceux que cela concerne », les étrangers aussi bien que les habitants. *Gierke*, il est vrai, parle ici d' « autonomie corporative » et semble viser plutôt les actes de simple pouvoir d'association. Cela serait une question de terminologie. Un autre exemple nous est fourni par les corps de métiers (Innungen). La corporation peut adresser des prescriptions à ses membres pour les buts statutaires, touchant par exemple la situation des apprentis ; c'est du pouvoir d'association ; cela ne constitue pas des règles de droit. Mais, d'après la loi (Gewerbe Ordn. § 100 c.), la corporation peut, en outre, être autorisée à établir des prescriptions pareilles d'une manière obligatoire pour la généralité, pour tous ceux que cela concerne, membres ou non. Ce sont alors des statuts autonomes, des règles de droit. *Rosin*, Oeff. Genoss. p. 187, d'accord avec *Gierke*, déclare que ces statuts ne sont pas autonomes, parce que « le cercle des personnes, auxquelles ils doivent s'appliquer, est placé en dehors de la sphère de la volonté de la corporation ». Les personnes, qui ne sont pas membres, ainsi que leurs apprentis, sont, il est vrai, en dehors de la « sphère de la volonté » de la corporation, c'est-à-dire de la sphère du pouvoir d'association. Mais la loi a délégué à la corporation le pouvoir de faire des règles de droit justement dans le but de placer ces personnes dans la sphère de sa volonté. Si la loi l'a fait, c'est parce que ces personnes, exerçant le métier de la corporation, sont, ainsi que leurs apprentis, dans la sphère des intérêts de la corporation. Il appartient au cercle d'action propre qui est attribué à la corporation « de veiller sur les intérêts communs du métier » ; la surveillance de tous les apprentis de ce métier y est comprise. En y pourvoyant au moyen des règles de droit que la loi lui permet d'édicter, la corporation fait des statuts autonomes.

(16) Ici on a l'habitude de citer *Lüders*, Das Gewhonheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung 1863. Ce livre ne doit cette citation qu'à son titre.

droit administratif coutumier ; c'est seulement pour appuyer une affirmation sans vouloir se donner la peine de se livrer à un examen approfondi. En réalité, cette source du droit n'a d'importance que pour un cercle très restreint qui se dessine clairement dans la pratique du droit actuel.

Les conditions de sa formation sont, en effet, pour le droit coutumier, tout autres dans l'administration que dans la justice.

La *justice* est instituée pour conserver l'ordre juridique, l'appliquer et le maintenir dans le cas individuel. D'après sa nature même, la justice ne peut entrer en action qu'en vertu des règles de droit. A défaut d'un droit positif, elle est obligée de prendre ce qui le remplace en fait, ce qui, jusque-là, a passé pour le droit dans les usages des individus et des autorités chargées de le maintenir. Dès lors, la mission du juge renvoie celui-ci nécessairement à la coutume dans les cas où la législation est absente ou incomplète. Et ce renvoi implique la reconnaissance par la puissance publique de l'usage, reconnaissance qui donne à l'usage le caractère de droit coutumier (17).

Pour l'administration, il en est différemment.

L'administration avait, dans le régime de la police, fortement développé son activité féconde et compliquée, sans qu'il y eût ordre juridique au sens où nous entendons cette expression. Le régime du droit a introduit dans l'administration, un ordre juridique au moyen de la force obligatoire de la loi et des législations secondaires qui en dépendent. Mais jamais, pour l'administration, l'ordre juridique n'est la condition de son existence, aussi complètement que pour la justice. L'ordre juridique n'y apparaît que le plus possible ; lorsqu'il n'existe pas de règle de droit, on administre quand

(17) *Rümelin* dans Jahrb. für Dogm. XXVII, p. 204 ss. On a cru pouvoir dire que la justice est « affamée des règles de droit ».

même ; et cela est valable. L'administration, par opposition à la justice, n'est donc pas tenue de chercher dans son objet un droit pour combler les lacunes du droit positif.

Bien au contraire ! Lorsqu'il n'y a pas de droit positif, c'est qu'on a voulu qu'il n'y en ait pas ; en règle, les choses doivent rester ainsi.

Quand il n'existe pas de loi générale pour autoriser les fonctionnaires à porter atteinte à la liberté et à la propriété, cela prouve que le pouvoir législatif n'a pas voulu admettre ces atteintes. Que deviendrait sa réserve constitutionnelle, s'il était permis à l'administration de se créer à elle-même, par un usage prolongé, les règles de droit nécessaires ? D'un autre côté, lorsque les pouvoirs appelés à faire le droit ont laissé toute liberté aux autorités du pouvoir exécutif pour faire, selon leur conscience et leur juste appréciation, ce qui est convenable et utile dans le cas particulier, ces autorités ne peuvent pas se soumettre à une règle tirée d'une source quelconque pour se décharger de cette obligation et s'exonérer de la responsabilité qu'elle leur impose. Dès lors, il faut dire que la formation d'un droit coutumier pour l'administration *est exclue par les principes généraux mêmes de notre droit public* (18).

Cela ne va pas sans exception et il n'en a pas tou-

(18) Sans examiner de près ce qui se pratique en réalité et sans en tenir compte, on reprend encore, de temps à autre, la thèse que le droit coutumier doit avoir la même valeur pour les rapports du droit public que pour ceux du droit civil : *Mohl*, Württemb. Staatsrecht, I, p. 76 ; *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, I, p. 100 ; *Schulze*, Staatsrecht, I, p. 11 ; Bl. für adm. Pr. 1871, p. 391. *Seidler*, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, veut prendre la défense, dit-il, de la coutume, comme source du droit public, contre les restrictions dont elle est menacée, tant par la Cour administrative de l'Autriche que par la doctrine ci-dessus exposée. Mais il faudrait tout simplement démontrer, par un exemple pratique, qu'un droit coutumier s'est formé en dehors des cas exceptionnels que j'admets : ceci, *Seidler* s'abstient complètement de le faire. Comp. Arch. f. öff. Recht XIV, p. 132 ss.

Digitized by Google

jours été ainsi ; en sorte que nous avons cependant encore un droit coutumier public.

Il y a deux sortes de droit coutumier public :

Il y a d'abord ce qu'on pourrait appeler un *droit coutumier historique*. L'ancien régime, dominé partout par des idées de droit civil, avait, pour régler les droits réciproques du prince et des sujets, admis, d'une manière plus que large, le titre de l'usage, de la coutume, de l' « observance». Sous le régime de la police, tout cela se restreint à la sphère du droit civil (19). Les rapports du fisc, ainsi que les rapports pécuniaires des collectivités inférieures, continuent seuls à être réglés par un droit coutumier, aussi bien que par des lois et des statuts. Aujourd'hui, beaucoup de ces rapports, par suite de la disparition de la doctrine du fisc, sont considérés comme appartenant au droit public. Cela s'applique surtout à toutes les indemnités, remboursements, restitutions et autres dettes à la charge de l'Etat, qui résultent de l'administration publique. Le changement dans l'appréciation de leur nature juridique n'a pas fait disparaître les règles de droit qui déterminent ces rapports. Tant qu'une nouvelle loi n'est pas intervenue, ces rapports continuent à être régis par les anciennes lois, ordonnances, statuts et coutumes. Et c'est ainsi que nous trouvons, dans notre droit public actuel, des règles de droit coutumier, qui ne pourraient plus se former aujourd'hui.

La seconde espèce est représentée par la coutume qu'on désigne sous le nom d' « *observance* ». Elle a cette particularité de pouvoir devenir une source du

(19) *F. F. Mayer*, Grunds. der Verw. Rechts p. 449 note 2, rapporte une décision ministérielle très caractéristique pour la manière dont, sous le régime de la police, la coutume est traitée, dès qu'elle touche à la puissance publique : c'est aux autorités à décider si elle existe et si elle doit être maintenue ; il va sans dire qu'elle doit se modifier « selon les besoins et les circonstances ».

Digitized by Google

droit public même dans l'état de choses actuel. C'est parce qu'elle a pour objet des rapports juridiques d'une nature spéciale, dans lesquels les considérations qui, d'ordinaire, s'opposent à la formation du droit public par la voie de la coutume n'ont pas de valeur. Ces rapports, en effet, quoique appartenant au droit public puisque la puissance publique est en jeu, ressemblent, par leur structure intérieure, plutôt à des rapports de droit civil : ce sont les rapports juridiques collectifs ou rapports de droit public secondaires dont nous avons déjà parlé au § 9, I, n. 2 ci-dessus.

L' « observance » est définie comme une coutume qui *s'est formée dans une collectivité de droit pour régler les rapports juridiques de ses membres* (20). Ces rapports sont des rapports de droit public, quand la collectivité consiste dans une obligation commune de ses membres vis-à-vis de la puissance publique, dans une charge publique à supporter par eux en commun. L'autorité a alors pour mission de veiller à l'exécution de cette charge commune selon la manière dont elle est réglée entre les intéressés. Sa situation ressemble à celle du tribunal civil vis-à-vis des rapports juridiques qui sont soumis à sa décision. La réglementation de ces rapports intérieurs peut se faire par un statut, quand les intéressés forment en même temps une association, une corporation. Elle peut se former par contrat ; cette forme de réglement des rapports entre des personnes juridiquement égales est ici à sa place. Elle peut également se faire par l'usage. L'autorité qui doit maintenir cet ordre de choses, étant appelée à reconnaître également l'ordre fixé par un semblable usage, cet usage devient juridiquement obligatoire ; c'est une source de droit pour des rapports de droit public (21).

(20) Définition donnée par l'Ober Trib. 16 déc. 1870 (Str. 80, p. 179). Comp. O. V. G., 29 oct. 1887 (Samml. XVI, p. 292).

(21) Exemples dans Ober. Tr. 16 déc. 1870 (Str. 80, p. 179), 18 avril

L'effet du droit coutumier, dans ce cercle restreint, dépend toujours de la loi. Le développement de notre droit évolue incontestablement dans le sens de la substitution du droit positif, au droit coutumier. Si le Code civil exclue la coutume dérogatoire, c'est-à-dire contraire à la loi positive, cette maxime s'étend au droit administratif. Car la force du droit positif ne peut pas être moindre en droit administratif qu'en droit civil (22).

Ainsi, le droit coutumier, en matière administrative, se restreint de plus en plus. Il ne subsiste, en effet, que pour les parties négligées du droit public. Ce ne sont que les formations lourdes et incultes des collectivités en vue de supporter les charges des écoles, des ponts, des chemins et des églises, qui admettent encore en partie, pour la réglementation de leurs rapports intérieurs, la voie du droit coutumier public (23).

1871 (Str. 81, p. 286) ; O. V. G., 29 janv. 1879, 18 mars 1880, 15 mai 1886, 22 mai 1886, 29 oct. 1887, 12 mai 1888.

(22) *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p. 580 (éd. fr., II, p. 364) ; Motiv z. Entw. des bürg. Gesetz Buchs, I, p. 3 ss. ; O. V. G. 22 mai 1886, 14 sept. 1887.

(23) Nous y reviendrons quand nous traiterons des prestations publiques. On est d'accord pour reconnaître que, même dans cette sphère restreinte, le droit coutumier disparaît de plus en plus : *G. Meyer*, Staatsrecht I, p. 6 ; *Leuthold*, Sächs. Verw. Recht, p. 68 ; *Schulze*, Staatsrecht, I, p. 11.

§ 11

Rapports des institutions juridiques administratives avec le droit civil

Le droit administratif et le droit civil ont entre eux des points de contact très nombreux, dont il faut nous rendre compte afin de fixer les endroits où les deux sphères se touchent, et de tracer la ligne qui les sépare.

I. — La science juridique, pour dominer la matière immense que lui offrent les relations juridiques des individus, réduit ces relations à des *unités constantes* dont la répétition et la combinaison forment cet ensemble. Nous appelons ces unités des *institutions juridiques* (*Rechtsinstitute*). La science du droit administratif, comme celle du droit civil, use de ce procédé; mais la nature des éléments dont elle le compose est très différente.

Dans le droit civil, il s'agit de fixer les limites du pouvoir juridique réciproque des individus entre eux. Ici, les institutions juridiques trouvent leur noyau naturel dans les différentes espèces de *droits individuels*. On développe leur origine, leur effet, leur modification et leur fin ; c'est ainsi que se forme le système du droit civil.

Dans le droit administratif, au contraire, les droits individuels ne jouent qu'un rôle accessoire. L'essentiel, c'est la *puissance publique* et la manière dont son action est déterminée par l'organisation du droit public. Pour la science du droit administratif, les

Digitized by Google

institutions juridiques sont les formes constantes qui en résultent pour les manifestations de la puissance publique.

Il s'agit d'une science relativement jeune. Nous sommes encore en plein travail d'élaboration du système de nos institutions juridiques ; et le grand adversaire contre lequel nous avons à lutter, c'est notre passé.

Le régime de la police ne faisait guère attention au détail de ce qu'il appelait droit public. Il y a un ordre, un commandement, il faut obéir. Ici il s'agit de *différencier*. Le commandement, exactement défini, ne devient qu'une de nos formes constantes ; à côté de lui se développe toute une foule d'autres formes de manifestations de la puissance publique, formes très prononcées et bien délimitées (1).

D'un autre côté, nous nous heurtons à la grande extension que le régime de la police avait donnée au droit civil. C'était un expédient qui devient inutile dès que le droit public administratif apparaît, et qui est devenu impossible dès que la doctrine du fisc qui lui servait de moyen a disparu. Il s'agit maintenant

(1) Ce travail de différenciation avance quelquefois très vite Ainsi, par exemple, *Laband*, Staatsrecht (1re éd. allemande) II, p. 216 affirme encore : « En tant que l'Etat exerce des droits de supériorité sur le territoire et sur les hommes, le commandement est la forme dans laquelle se manifeste l'activité des autorités ». De même dans Arch. f. œff. R. II, p. 159. Dans son Staatsrecht (2e éd. allemande) I, p. 690 la place du commandement a été prise par la disposition connue sous le nom d' « acte juridique unilatéral du droit public ». Il est dit (p. 691) : « Le contenu de la disposition ne doit pas nécessairement être un commandement. Toute la variété de rapports juridiques, qui sont réglés par la loi *in abstracto*, peut être *in concreto* la matière de la disposition ». Suit une énumération des espèces et des sous-espèces de la disposition, où nous retrouvons un nombre considérable de nos institutions juridiques. Au contraire, c'est par un vestige de son ancienne manière de voir que *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 32, énumérant les différentes espèces d'actes administratifs, indique, sous la rubrique du commandement, non seulement l'ordre de police, mais aussi l'imposition des contributions et la conscription pour le service militaire. Dès que la notion de commandement reçoit la détermination plus exacte qui lui est due, ces choses se différencient d'elles-mêmes.

de *refouler* le droit civil dans ses limites naturelles et de lui enlever quantité d'institutions juridiques dont le droit civil s'était chargé à son désavantage et aussi au désavantage de ces institutions, parce qu'elles ne peuvent être bien comprises que placées dans la sphère du droit public (2).

Les traces de cette évolution se trouvent dans notre terminologie ; nous parlons de domaine public, de servitudes publiques, de contrats administratifs, d'indemnités de droit public et autres créances de ce genre. Cela a toujours commencé par être une désignation extérieure et sans conséquence, par laquelle on voulait indiquer qu'il y avait là quelque chose d'extraordinaire et qui ne s'explique pas par les règles ordinaires du droit civil. Nous en faisons des vérités en écartant complètement le droit civil et en mettant dans ces formes l'idée de la puissance publique (3).

(2) Dans notre littérature et dans les cours professés dans nos Universités, le « Droit privé allemand » a joué un grand rôle, rôle qui a été diminué sensiblement par le Code civil allemand. On y réunissait toutes les parties de notre droit civil, qui n'étaient pas du droit Romain ; on y ajoutait — et on y ajoute encore — quantité d'institutions juridiques du droit public, dont on ne comprenait pas la nature véritable et que nous revendiquons. Tout ce qui concerne le domaine public et les servitudes publiques, la commune et les associations syndicales, pas mal de créances pécuniaires sur l'Etat, l'expropriation pour cause d'utilité publique surtout, toutes ces matières devront nous être rendues. L'affranchissement de toutes ces institutions ne sera définitif que lorsque l'on aura fait disparaître des cerveaux de nos juristes cette idée absolument fausse, que rapports pécuniaires et rapports de droit civil sont identiques. *Seydel*, Grundlinien einer allg. St. Lehre, p. 38, a raison d'appeler cela une « idée fixe ». C'est un héritage de la manière de penser du régime de la police. Comp. la réfutation détaillée donnée par *Wach*, C. Pr. R., I, p. 55 ss.

(3) En ce sens, *Jellinek*, Ges. u. Verord, p. 248 : « Un acte administratif peut créer un rapport plus ou moins analogue aux rapports juridiques existants ». Il nous sera permis de comprendre par « rapports existants » des rapports de droit civil, et par « analogue » ce qui ne ressemble à ces rapports qu'extérieurement. Dans Bl. f. adm. Pr. 1870, p. 333, il est déclaré que c'est une erreur de croire que toutes les institutions juridiques dont traite le droit civil appartenaient exclusivement au droit privé ; il y a « des servitudes de droit public, une prescription de droit public pour les créances, des obligations *ex lege*

Digitized by Google

II. — Toutes les activités de l'administration ne revêtent pas les formes des institutions juridiques du droit administratif. Le principe est resté que l'Etat et les corps d'administration propre sont, dans une certaine mesure, *soumis au droit civil.*

La limite n'est pas très difficile à fixer, à la condition qu'on sache ce qu'est le droit public et ce qui est propre aux formes des institutions du droit public.

On n'a plus besoin aujourd'hui de recourir au droit civil comme au seul moyen d'avoir un ordre juridique dans les rapports entre l'Etat et le sujet.

La raison pour laquelle le droit civil est applicable à l'Etat est simplement qu'il est bon et naturel de présumer que ce qui est *égal par nature* doit aussi être *réglé également.* Nous voyons donc qu'il n'est pas nécessaire que la loi civile déclare expressément

et des titres d'acquisition de la propriété, qui appartiennent au droit public ». Il ne faut pas se faire illusion : l'auteur est d'avis qu'au fond ces institutions gardent la nature du droit civil ; il veut seulement leur appliquer l'épithète de droit public, parce qu' « elles rentrent dans le domaine du droit public ». C'est ce que dit encore plus naïvement *Funke*, Verw. in ihrem Verh. zur Just., p. 46 : Le droit public « comprend aussi les relations concernant l'Etat, dans lesquelles, quoiqu'elles appartiennent extérieurement au droit public, prédomine le caractère du droit privé ». Il cite comme exemple le contrat de service public (*Staatsdienstvertrag*). Dans Arch. f. œff. R., III, p. 3 ss., j'ai essayé de démontrer toute l'importance de la différence : le contrat de service public, par cela même qu'il appartient au droit public, n'est pas et ne peut pas être un contrat dans le sens du droit civil. *G. Meyer*, qui au fond est d'accord avec moi, fait remarquer qu'il serait logique de renoncer au terme de contrat (Verw. R., p. 34 note 8). Je ne le conteste pas. On pourrait inventer des termes techniques tout à fait logiques ; mais il y aurait toujours des difficultés à les faire entrer dans nos usages. En effet, le droit public aime à emprunter sa terminologie au droit civil. Cela se faisait déjà ainsi dans le droit romain (voir sur les soi-disant « contrats censoriens », *Heyrowsky*, Uber die rechtliche Grundlage der leges contractus) ; le droit français connaît également ses « contrats administratifs », qui, en réalité, n'ont rien du contrat (*Dalloz*, 1879, 1, 113 ; Arch. f. œff. R., III, p. 15 ss.). Quand, une fois, on sait bien ce qu'est le droit public et quelle est la nature générale de ses institutions, cette terminologie ne peut devenir la cause d'aucun malentendu.

Digitized by Google

qu'elle s'appliquera à l'Etat lui-même. Il va sans dire que la règle de la loi civile touche l'Etat, dès que l'Etat est dans les conditions pour lesquelles la loi a établi ses prescriptions.

La loi civile ne vise directement que les rapports des particuliers entre eux ; il faut donc que l'Etat, pour que le droit civil lui soit applicable, entre dans un rapport identique à celui qui s'établit entre particuliers.

Il ne peut s'agir ici que de l'application des règles du *droit pécuniaire* ; car pour les droits de famille, des personnes et des successions, l'administration ne se présente jamais dans les rapports correspondants. Mais, en disant que le droit civil pécuniaire seul peut devenir applicable, nous n'admettons pas qu'on dénature cette règle, en déclarant que l'Etat est soumis au droit civil toutes les fois qu'il s'agit de sa fortune, d'une question d'argent et de ce qui s'achète à prix d'argent.

Il y a, pour les matières de ce genre, des règles du droit civil et des règles du droit administratif. Pour que les premières trouvent leur application, il faut que l'Etat, dans le rapport économique à régler au point de vue du droit pécuniaire, se soit conduit comme un particulier : il faut qu'il ait fait un acte d'*économie privée*.

Il est incontestable que la sphère d'action du droit civil par rapport à l'Etat est délimitée dans le sens que nous venons de dire. On exprime cette idée de différentes manières ; pour l'essentiel, on revient toujours au même point (4).

(4) On trouvera une collection des différentes formules dont on se sert, dans Arch. f. öff. R., III, p. 35. Comp. *Brater*, dans Bl. f. adm. Pr., *V*, p. 101 : « Un rapport juridique qui est possible dans les relations privées des particuliers ». *Leuthold*, dans Annalen 1884, p. 361 : « des rapports juridiques susceptibles, d'après leur contenu, de pouvoir exister aussi entre personnes privées ». Très souvent, il est vrai, avec ces définitions, on tourne dans un cercle vicieux, puisqu'on exige pour que le droit civil soit applicable, que l'Etat se soit déjà comporté à

Digitized by Google

Mais ce serait une erreur que de croire avoir ainsi une formule permettant de résoudre toutes les difficultés de délimitation réciproque.

Quand l'Etat fait-il des actes d'économie privée comme un particulier? Lorsque, par exemple, l'Etat vend des marchandises, la chose est facile à reconnaître; et *vice-versa*, quand l'Etat impose des contributions, la solution contraire se manifeste clairement. La difficulté apparaît lorsque l'on se trouve dans la sphère intermédiaire: quand l'Etat prend des individus à son service, lorsqu'il concède des entreprises publiques ou des avantages spéciaux sur des choses publiques, lorsqu'il admet les individus à profiter de ses services publics et leur fait payer des taxes, lorsqu'il devient lui-même débiteur d'indemnités, lorsqu'il accorde des subventions, etc., alors notre formule générale devient insuffisante.

On peut bien l'appliquer, mais dans un sens aussi bien que dans l'autre : celui qui prétend que l'Etat fait partout ici des actes d'économie privée, peut le soutenir mordicus; et celui qui dit le contraire ne peut pas non plus être refuté. Ainsi, nous constatons que, malgré l'accord que nous avons rencontré dans la formule qui doit régir la distinction, il y a, toutes les fois qu'on se pose pratiquement la question de l'attribution à l'une ou à l'autre des sphères, une discordance flagrante.

Pour nous qui croyons qu'il ne s'agit pas ici d'une simple différence de nom, mais d'une différence interne et fondamentale, la question ne peut pas être laissée sans solution. Mais l'idée même de l'institution

la manière du droit civil; il fallait dire: à la manière de l'économie privée. Voyez surtout *Thon*, Rechtsnorm, p. 140, et *Muth*, Beiträge zur Lehre v. d. Pfarrgemeinden, I, p. 21, où il est parlé de la « règle, presque généralement reconnue comme bien établie, dans la sphère du droit privé, que l'eglise est soumise au droit civil ».

Digitized by Google

de droit administratif, qui nous oblige à résoudre le problème, nous fournit aussi le critérium que nous cherchons.

La formule trop générale et qui semble laisser le champ libre à toutes les opinions est interprétée et complétée d'une manière suffisante par les réalités du droit pratique. En réalité, nous n'avons pas à apprécier des faits isolés ; toute la marche des services publics suit un cours bien réglé et bien fixé dans tous les détails. Nous n'avons pas à la régler par nos théories ; nous n'avons qu'à comprendre la régularité qui s'y trouve.

Nous savons comment les choses se passent dans la sphère du droit civil ; nous prétendons aussi savoir comment elles doivent se passer quand les rapports sont régis par les principes du droit public. Dans ce livre nous voulons contribuer à rendre encore plus claires et plus reconnaissables les formes caractéristiques des institutions du droit administratif. Ce qu'il y a à faire est simple. A quoi servirait la science du droit, sinon à faire mieux comprendre les réalités ? Donc, au cas où l'on peut douter si l'on est en présence d'une institution du droit civil ou d'une institution du droit public, nous appliquerons à cette réalité l'une et l'autre des deux formules que nous connaissons.

Celle-là sera la vraie qui expliquera le plus naturellement et le plus simplement tous les détails donnés, et laissera subsister le moins d'exceptions et de contradictions. D'après le résultat de cet examen, le droit actuel présentera soit une institution du droit civil, soit une institution du droit public (5).

(5) Dans le système que nous venons d'exposer, nous ne voulons pas déterminer les rapports que l'Etat doit traiter de rapports juridiques du droit public ; nous nous bornons à constater ce qu'il a fait à cet égard. *Jellinek*, Subj. öff. R., p. 50 ss., nous semble exagérer cette idée

La partie spéciale de ce livre fera apparaître l'utilité pratique de cette méthode.

III. — A la distinction des sphères respectives des institutions civiles et des institutions publiques se rattachent deux notions appartenant spécialement à l'une et à l'autre de ces deux sphères, sans se confondre tout à fait avec elles. C'est, d'une part, l'administration publique, et, d'autre part, le fisc.

1) L'administration de l'Etat et celle des corps d'administration propre poursuivant les buts de ces corps, c'est l'activité dirigée en vue de satisfaire des *intérêts publics*. Que, dans le cas donné, elle agisse à la manière de l'économie privée ou à la manière de la puissance publique, il est indifférent de la qualifier. Mais il n'en est plus ainsi, quand la chose commune, par toute une branche de son activité, prend nettement *la situation d'un entrepreneur privé* poursuivant ses intérêts économiques à côté des intérêts publics. L'Etat se fait propriétaire rural, commerçant, industriel ; ou bien il exerce un métier, il exploite une possession, un capital comme un particulier. Pour tous les rapports qui en résultent, l'application du droit civil est naturelle. Mais par toute

en disant que l'Etat, par un acte formel, peut attribuer aux rapports le caractère de dépendances du droit public ou du droit privé. L'Etat peut, d'après lui, « transformer formellement des prétentions de droit privé en prétentions de droit public » ; il a le pouvoir de déclarer « formellement ces prétentions comme appartenant soit au droit privé, soit au droit public ». Il n'en est rien ; l'Etat ne fait pas de théorie ; il agit ; et il nous fournit ainsi les éléments d'appréciation. Quelquefois, il est vrai, l'Etat déclare formellement que telle chose appartient aux tribunaux civils, telle autre aux tribunaux administratifs ; de là nous pouvons tirer une présomption sur l'opinion du législateur touchant un caractère matériel. Mais on ne doit pas confondre les deux choses ; *Jellinek* suppose même le cas où certaines prétentions devraient « en vertu d'un ordre positif être jugées selon les règles du droit public, qu'elles aient ou non la nature de prétentions de droit public ». A notre avis, si vraiment pareil ordre existait, il ne serait pas permis au théoricien d'élever un doute sur le point de savoir si ce qui doit être jugé d'après le droit public appartient sérieusement au droit public.

Digitized by Google

cette activité, l'Etat sort de son rôle général. C'est encore de l'administration, mais c'est plutôt une administration comme celle d'un particulier qui gère ses affaires. On parle ici d'*administrations fiscales*. La chose commune poursuit ici, dit-on, non pas des intérêts publics, mais *ses intérêts privés* (6).

Pour marquer la différence, nous désignons ce qui reste — par suite toute l'administration que l'Etat ne fait pas comme entrepreneur privé — sous le nom d'*administration publique*. Cela a de l'importance : c'est seulement dans cette mesure, — par conséquent après l'exclusion de ces branches d'activité spéciales — que l'administration manifeste son caractère propre en ce qui concerne le droit à lui appliquer ; c'est seulement de l'administration publique qu'il est vrai de dire que le droit public est le droit qui est naturel à l'Etat et qui lui convient Il y a une présomption que c'est le droit public qui est applicable. Ici encore, des rapports isolés pourront se présenter, ayant un caractère d'économie privée et qui, par conséquent, soumettent l'Etat au droit civil. Mais, pour la sphère de l'administration publique, ce sont des cas exceptionnels, qui, chaque fois, devront être justifiés spécialement (7).

2) Le *Fisc* n'est plus ce qu'il était au temps du régime de la police (§ 4, III, n. 2 ci-dessus). Il est inexact de soutenir qu'on comprend mieux aujourd'hui la nature du fisc. Le fisc avait été, en réalité,

(6) *Neumann*, dans Annalen 1886, p. 363 ; O. V. G., 4 nov. 1878 (Samml. IV, p. 67 note) ; V. G. H., 1er fév. 1881. Dans le même sens on distingue des « fonctions régiminales et économiques » ; *Reger*, VIII, p. 118.

(7) C'est là tout l'intérêt de la distinction. On a essayé d'aller plus loin et de faire reposer le droit public sur l'idée des intérêts publics ; cela fournirait la ligne de démarcation vis-à-vis du droit civil : *Rehm*, dans Annalen, 1885, p. 90 ; *Neumann*, dans Annalen, 1886, p. 416. *Leuthold*, dans Annalen, 1884, p. 355, nous semble avoir très bien réfuté cette doctrine. Elle n'est d'aucune utilité.

une personne morale distincte de l'Etat ; la pratique du droit avait tiré de cette idée toutes les conséquences. Aujourd'hui, on s'accorde à reconnaître que le fisc est simplement l'Etat lui-même considéré d'un certain *côté*. On parait même s'entendre sur la nature spéciale de ce côté de l'Etat : le fisc, dit-on, c'est l'Etat en tant que personne morale à laquelle appartient *la fortune publique* ; c'est l'Etat poursuivant ses *intérêts pécuniaires* (8).

Mais dès qu'il s'agit de démontrer l'utilité pratique de cette notion — car il faut qu'une notion scientifique ait une utilité pratique — nous voyons surgir les divergences.

On peut s'en tenir strictement à la définition. Alors l'utilité de la notion de fisc est minime. Nous avons vu que, pour l'application du droit civil, il faut supposer que des intérêts pécuniaires de l'Etat sont en jeu. Cette première condition serait donc remplie, lorsque l'on sait que l'on est en présence du fisc. Mais cela ne nous avance guère. Car on n'obtient même pas une présomption pour l'application du droit civil. C'est l'administration fiscale, telle que nous l'avons définie, qui entraîne cette présomption ; mais nous trouvons aussi des intérêts pécuniaires dans la sphère de l'administration publique qui impose des contributions, qui paie des salaires, etc. ; et, pour l'administration publique, il y a la présomption contraire. Dès lors, une notion du fisc, qui embrasse les deux sortes d'administration, n'implique pas cette présomption.

Pour avoir un résultat pratique, on va un peu plus loin ; on déclare que le fisc c'est l'Etat en tant que *personne du droit privé*, ou l'Etat *au point de vue civil* (9). On veut dire que le fisc est toujours soumis

(8) *Jellinek*, Subj. öff. R., p. 56 ss.; *Wach*, C. Pr. R., I, p. 92.
(9) *Laband*, Staatsrecht, éd. all., II, p. 839 ss.; *Zorn*, St. R., II, p. 220. Il est

Digitized by Google

au droit civil et que l'Etat s'appelle ainsi quand le droit civil doit lui être appliqué. C'est une délimitation qui diffère de la précédente ; ici, il n'y a pas de fisc, lorsque l'Etat, pour ses intérêts pécuniaires, agit dans la sphère du droit public.

La distinction est très importante et très nécessaire. Mais le fisc n'est alors qu'un nom, un titre donné à l'Etat toutes les fois que l'on constate qu'il est soumis au droit civil. Il faut avoir déjà fait cette constatation, pour parler du fisc. C'est une manière de s'exprimer qui s'explique par les précédents historiques.

Nous rencontrons dans le langage de nos tribunaux un troisième sens du mot *fisc* ; il est peut être plus conforme aux traditions historiques et à la logique. Ce qui est égal doit être réglé également, telle est l'idée qui a fait appliquer le droit civil à l'Etat. Or, l'Etat qui, en poursuivant ses intérêts pécuniaires, prend la situation d'un simple particulier, provoque, par cela même, l'application des règles qui visent les individus. *Le droit public réagit sur l'Etat aussi bien que le droit civil* ; les institutions du droit administratif se retournent contre l'Etat ; l'Etat est exproprié, il est imposé par la commune, par la province, il participe aux charges d'entretien des écoles et des chemins, il est tenu par des règlements de police et il encourt des responsabilités en matière pénale. Pour constater que, dans le cas spécial, la réaction du droit public se produit, on appelle encore l'Etat le fisc (10).

inexact de dire que l'Etat peut devenir une personne morale du droit privé ; il reste ce qu'il est par sa nature : la personne morale suprême du droit public, même dans le cas où, par certains de ses actes, le droit civil devient applicable.

(10) O. V. G., 24 mars 1877 (Samml. II, p. 132) : « le fisc est obligé de contribuer aux charges communales de la même manière qu'un cultivateur ». De même O. V. G., 14 juin 1879, 18 mai 1881, 21 juin 1882, 22 juin 1886, 23 avril 1887. O. V. G., 29 nov. 1876 : l'administration de la police municipale oblige le fisc, par la voie de contrainte, de contribuer au nettoyage de la vie ; O. V. G., 16 fév. 1884 : le fisc

Digitized by Google

Naturellement, les exemples les plus simples nous sont fournis par les administrations fiscales ; mais la réaction se produit aussi vis-à-vis de l'administration publique, partout où les manifestations de l'activité de celle-ci sont identiques à celles d'un particulier, et toutes les fois qu'elle ne représente pas un intérêt public de valeur égale ou supérieure. Dans ce dernier cas, on se plaît à dire que ce n'est pas le fisc que l'on a devant soi, mais bien l'autorité, ou un droit de supériorité, ou l'Etat (11).

Si le terme technique de fisc n'existait pas, on ne

comme propriétaire du chemin, dont l'autorité prend possession dans l'intérêt de la communication publique. Bl. f. adm. Pr. 1877, p. 287 : « le Trésor (synonyme de fisc) est considéré comme récalcitrant en ce qui concerne son obligation d'éloigner tout ce qui formerait obstacle au libre écoulement des eaux du ruisseau » ; en conséquence, il est condamné par l'autorité administrative à changer le cours de la rigole. O. V. G., 22 févr. 1882 (Samml. VIII, p. 104) : les rescrits contre le « Bauernlegen » (pour la conservation de la petite propriété rurale) s'appliquent aussi au fisc. O. V. G., 5 sept. 1878 (Samml. V, p. 328) : le fisc, « comme tout autre particulier », a besoin d'une permission de police pour construire ; de même, le fisc militaire, pour construire une usine à poudre ; les inspecteurs de fabrique ont compétence par rapport aux établissements industriels du fisc. R. G., 12 déc. 1882 (Reger. IV, p. 111) : l'art. 367, n° 14 du Code pénal oblige aussi le fisc qui construit. *Löbe*, Zollstraf R., p. 134 : les règlements de douane s'appliquent également aux entrepôts de la marine, p. 109 : dans les condamnations pour délit de douane, il faut déclarer responsable des amendes non pas les directions, mais l'administration fiscale du chemin de fer, c'est-à-dire le fisc. Comp. aussi *J. J. Mayer*, Grunds., p. 17 ; *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, III, p. 139.

(11) O. V. G., 5 sept. 1878 (Samml., V, p. 332) ; autorité de police contre autorité de police, donc pas de fisc. O. V. O., 5 mai 1877 (Samml., II, p. 400) : la police veut fermer un champ de tir militaire ; mais ce n'est pas « le fisc comme tel », mais « l'exercice de la supériorité (en matière militaire) de l'Etat, semblable au pouvoir de police ». O.V.G., 25 juin 1877 (Samml.V, p. 398) : la permission de construire une maison de garde-barrière n'est pas nécessaire, parce qu'on ne construit pas dans « l'intérêt du fisc » mais dans l'intérêt du service du chemin de fer. O. V. G., 2 nov. 1885 (Samml., XII, p. 246) : l'autorité locale enjoint au fisc des rivières (Stromfiskus) de construire un pont ; mais il ne s'agit pas du fisc, c'est une atteinte aux droits de supériorité de l'Etat ». O. Tr., 1er mai 1877 (Str. 97, p. 204) connaît même un fisc de la police (*Polizeifiskus*) : c'est l'Etat, quand il est obligé de plaider devant les tribunaux civils pour un ordre de police argué de nullité. Ici toute idée d'intérêt pécuniaire a disparu ; seule, la réaction des lois de procédure sur l'Etat justifie l'expression de fisc.

Digitized by Google

se donnerait certes pas la peine d'inventer un nom spécial pour désigner l'Etat quand il est entré dans certaines relations. Mais depuis la disparition de la doctrine du fisc, ce terme est devenu disponible. C'est une âme qui cherche son corps ; c'est là une cause de nombreuses tribulations pour notre littérature.

IV. — Sous le régime de la police, une chose assez naturelle et qui se présentait fréquemment, c'était l'*institution de droit mixte*. Dans un seul et même acte l'Etat agissait, vis-à-vis du sujet, à la fois comme soumis au droit civil et comme jouissant du droit public dans le sens qu'on attachait alors à ces mots, c'est-à-dire comme libre de toute détermination juridique ; par conséquent, l'effet de l'acte était de nature mixte.

L'Etat prend le fonctionnaire à son service et le fisc s'engage en même temps par contrat, à lui payer un salaire ; l'Etat exproprie, transfère par là au fisc une propriété du droit civil et le charge d'une obligation civile de payer une indemnité à l'individu exproprié. La personnalité double, sous laquelle l'Etat apparaissait alors, rendait possible le double caractère de son acte. Cela n'est plus possible depuis que nous avons fondu l'Etat proprement dit et le fisc en une seule et même personne.

Nos institutions juridiques sont nécessairement *de nature uniforme* ; elles sont, ou bien de droit civil, ou bien de droit public. Il n'y a pas d'institutions mixtes, parce qu'il n'est pas possible que cette même personne, l'Etat, se présente à la fois comme puissance supérieure et comme simple particulier (12).

Cela ne veut pas dire que, par la suite, *des effets de*

12) Récemment, *Rehm*, dans Annalen, 1885, p. 122 ss. a encore tenté de faire accepter l'idée de l'institution juridique mixte, en l'appliquant spécialement à la nomination à une fonction publique.

droit civil ne peuvent pas être produits par l'acte de droit public. Mais il ne s'agit pas alors de deux parties d'un même acte et dans lesquelles l'auteur de l'acte serait apprécié de deux manières différentes ; il s'agit de rapports *nouveaux* dans lesquels entre l'auteur de l'acte, ou de rapports d'*autres personnes.* Nous distinguons les cas suivants :

1) Les rapports de droit public, créés dans la forme de l'institution du droit public, peuvent, *après coup, à la suite de changements survenus subir une transformation* et prendre la forme des droits individuels civils correspondants : le domaine public, par exemple, devient, à la suite d'un acte de déclassement, la propriété privée de l'Etat (13).

2) L'institution du droit public peut directement donner naissance à un ensemble de rapports nouveaux qui, par leur nature, appartiennent au droit civil. C'est ce qui arrive régulièrement quand un pouvoir juridique sur des choses corporelles a été créé par un acte de droit public : expropriation, confiscation, paiement forcé ou volontaire d'impôts ; et *vice versa,* paiement de salaires, d'indemnités d'expropriation. Ces actes font naître un état de choses dont la création est l'effet fiscal de l'institution du droit public ; cet *état de choses* lui-même, pour tous les rapports qui peuvent en découler, est *désormais* régi par les règles de la propriété privée (14).

3) Il est des institutions qui ont directement pour but d'opérer, par la force de la puissance publique, *un changement dans les rapports de droit civil* qui existent entre des sujets. C'est ce que fait la justice dans la procédure de partage et dans l'annulation

(13) Comp., § 9, II, et note 17 ci-dessus.

(14) Comp., § 34, n° 4 ci-dessous. Il y a cette différence avec l'hypothèse précédente, qu'il ne se produit pas ici un état de choses appartenant au droit public et qui, plus tard, passe dans le droit civil ; dès que l'institution du droit public a produit son effet et est achevée, le droit civil s'applique.

Digitized by Google

d'un titre au moyen de la procédure provocatoire ; l'administration agit ainsi pour abolir les charges féodales, pour arrondir des terres cultivables, créer des droits de jouissance sur des cours d'eau privés, etc. L'acte administratif en lui-même appartient au droit public, de même que le jugement de partage et les droits individuels qu'il crée appartiennent au droit civil ; donc toutes ces institutions, à la différence de celles dont nous venons de parler, sont des *institutions du droit civil* (15).

4) Il se peut qu'aux effets de l'institution du droit public, qui se sont produits entre l'Etat et le sujet, se rattachent, pour le sujet et pour d'autres personnes, des rapports de droit civil qui dépendent de ces effets, comme de leur condition, mais qui ont pour cause directe une règle de droit civil. Nous citerons comme exemple l'indemnité dont on peut devenir débiteur pour le dommage causé à un particulier par suite de l'inobservation d'une prescription de police ; de même, la responsabilité civile des fonctionnaires à raison des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions (16).

(15) *G. Meyer*, V. R., I, §§ 101 et 103 comprend les actes les plus importants de cette nature sous la rubrique : « Réglementation de la propriété rurale » ; dans le § 108, il ajoute des actes analogues concernant la réglementation de l'usage de l'eau courante. Il appelle ces actes : « des dispositions révoquant et créant des droits individuels » ; il les assimile à l'expropriation. Mais l'expropriation est un acte tout différent. Elle s'empare des immeubles pour les besoins propres de l'administration. Au contraire, quand la puissance publique règle la propriété rurale et l'usage des eaux courantes, elle se contente de créer des effets juridiques entre les sujets. Quant à ce qui en adviendra, elle s'en remet au jeu normal entre les sujets des faits juridiques du droit civil. C'est la manière d'agir de la loi civile. Ces actes manifestent une *activité auxiliaire des autorités administratives dans la sphère du droit civil*, semblable aux actes de la juridiction gracieuse ; seulement, au lieu de conserver et de maintenir le droit civil, comme le fait la juridiction gracieuse, ils le modifient.

(16) A. L. R., I, 6, § 26 : obligation civile de payer des dommages-intérêts pour inobservation d'une loi de police ; de même, Code Civil, § 823, al. 2. Code réglementaire de police municipale des droits civils du voisin. Nous traiterons dans le § 17 ci-dessous de la responsabilité civile des fonctionnaires à raison de leurs actes.

SECTION III

Les voies de droit en matière administrative

§ 12

Le droit de recours

En droit civil, quand on parle d'une protection du droit, on veut dire une protection du droit individuel assurée par la puissance publique spécialement organisée dans ce but.

Dans la sphère de l'administration, les droits individuels trouvent aussi leur protection dans des moyens spécialement imaginés dans ce but; mais ils la trouvent déjà, et peut-être avec plus d'efficacité, dans l'*organisation ordinaire* de l'activité administrative ; c'est là qu'ils rencontrent la puissance publique appelée, par sa nature, à les protéger (1).

D'un autre côté, à la différence de ce qui se passe en droit civil, l'ordre juridique dans l'administration ne se concentre pas d'une manière aussi exclusive

(1) *V. Sarwey*, Oeff. R. u. Verw. R. Pfl., pp. 71, 72. — *Gneist*, Engl. Verw. Recht, I, pp. 320 ss. se représente toute cette protection sous la forme d'un contrôle exercé sur l'activité de l'administration ; il distingue alors le contrôle administratif, le contrôle judiciaire et le contrôle parlementaire. Il cherche à démontrer l'existence de ces trois sortes de contrôle dans toutes les branches de l'administration. Quand il s'agit de contrôle, il nous semble que, pour le droit allemand, celui que le prince exerce personnellement ne devrait pas être oublié. Du reste, tout ce qui sert à protéger les sujets n'a pas la forme d'un contrôle.

dans les droits individuels : nous trouvons, à côté de ces droits, des *intérêts individuels* d'un caractère juridique plus ou moins prononcé, intérêts protégés eux-mêmes en premier lieu par la puissance publique dans la marche ordinaire de son activité administrative, et aussi par les moyens spéciaux qui peuvent servir à de véritables droits (2).

Ce sont ces *moyens spéciaux de protection* dont nous avons à nous occuper ; la nature et la forme juridique de ces moyens restent les mêmes, qu'ils s'appliquent à des droits ou à de simples intérêts.

Ces moyens sont de différentes espèces. Pour protéger les intérêts des sujets, la loi établit des *formes* que doivent observer les autorités administratives dans leur manière de procéder ; en particulier, elle ordonne d'*entendre* les intéressés avant de prendre certaines mesures. Dans le même but, on prescrit la *constatation authentique* des rapports de droit public. On attache aujourd'hui une grande importance à l'*organisation convenable des autorités administratives ordinaires* : organisation collégiale, adjonction de fonctionnaires d'honneur, garanties d'une certaine indépendance vis-à-vis des supérieurs (3). On retrouve partout des traits de la protection du droit, telle qu'elle est si sévèrement organisée pour le droit civil ; seulement, ici, tout est isolé et disséminé ; cela n'apparaît dans

(2) *Gneist*, Rechtsstaat, p. 271 : « Quand on dit que toute juridiction ne peut être entendue que d'une protection accordée aux droits individuels, c'est une *petitio principii* tirée du droit civil ». Dans ses différents écrits, il invoque le principe qu'il ne s'agit toujours que du maintien de l'ordre juridique. On a combattu sa doctrine ; il n'a pas eu de peine à montrer que ce qu'il appelle « juridiction » a lieu même dans le cas où l'ordre juridique et les règles de droit ne sont pas en jeu. Mais *Gneist* n'attache pas un sens aussi strict à son ordre juridique ; celui-ci comprend aussi, pour lui, « l'appréciation impartiale » (*Unparteiische Massbestimmung*) : Rechtsstaat, p. 272 ; Engl. Verw. Recht, I, p. 417. Avec une terminologie aussi élastique, il est aisé d'échapper à toute critique qui veut se servir des armes de la logique.

(3) *Gneist*, Rechtsstaat, pp. 284 ss. ; *G. Meyer*, Staatsrecht, § 182.

les diverses manifestations de l'activité de l'administration que selon le bon plaisir du législateur.

Il y a surtout un moyen spécial de protection qui appartient en propre à la justice : c'est celui qui consiste à mettre à la disposition des intérêts individuels la puissance publique, dont on peut provoquer une décision sous certaines conditions et en suivant certaines formes. C'est ce qu'on appelle la *voie de droit* ; c'est une voie réglée par le droit, que le sujet doit suivre pour obtenir, s'il y a lieu, la protection de la puissance publique.

La loi a ouvert aussi des voies de droit dans l'administration ; elle y a ajouté, à différents degrés, d'autres moyens spéciaux de protection pour obtenir une égalité complète avec la protection de droit assurée par la justice. Dans l'essentiel, la voie de droit consiste toujours, pour le sujet, dans la collaboration juridiquement efficace à un acte d'autorité concernant ses intérêts.

On peut distinguer trois sortes de voies de droit en matière administrative.

1) La *voie du recours formel*, reposant sur le droit de recours (*förmliche Beschwerde*) ; nous en traiterons dans ce paragraphe.

2) La *justice administrative*, qui est la forme la plus importante et la plus complète de ce moyen de protection (comp. §§ 13-15, ci-dessous).

3) La *compétence des tribunaux civils en matière administrative*, qui offre la voie de droit dans le sens strict de la vieille école, la voie devant les « tribunaux ordinaires » (comp. §§ 16 et 17 ci-dessous) (4).

(4) Voie de droit, au sens originel, ne signifie pas autre chose que voie aux tribunaux. A vrai dire, les tribunaux civils ne seraient les tribunaux ordinaires que pour les affaires du droit civil. *Parey*, Preuss. Verw. Recht, I, p. 3, note, proteste, à bon droit, au nom des tribunaux administratifs contre la généralisation de ce titre. C'est un reste de notre passé historique.

Digitized by Google

I. — Il s'agit, dans le *recours*, d'écarter un préjudice que, l'individu éprouve de la part de l'administration. S'il doit en être ainsi, c'est non pas pour des motifs nouveaux qui détermineraient autrement la marche à suivre, mais parce que celle qu'on a adoptée n'aurait pas dû être suivie. Il s'agit de la *désapprouver* et, par conséquent, de la *modifier*. Elle peut être désapprouvée parce qu'elle viole le droit, ou parce qu'elle n'est pas conforme aux devoirs bien compris de l'administration pour le maintien de l'intérêt public et les ménagements dûs aux intérêts privés. Le préjudice peut être causé par un simple fait, par une négligence ou par un acte administratif. Quand il s'agit de recours, il est d'usage de donner à l'acte administratif le nom de *résolution (Beschluss)*. Pour développer la doctrine du recours, nous allons supposer le cas où une résolution doit être attaquée.

1) Les résolutions que prend l'autorité administrative peuvent être modifiées de différentes manières.

L'administration peut les *retirer* elle-même. Elle est libre de le faire, pourvu qu'il n'y ait pas de loi qui le défende, ou pourvu que des droits individuels n'aient pas été créés par sa résolution (comp. § 9, III, n. 1 ci-dessus). Elle peut le faire spécialement aussi pour ce motif que la résolution porte préjudice à un individu et que, d'après le droit ou selon une juste appréciation des circonstances, elle n'aurait pas dû être prise. Ainsi, cette possibilité de retirer la résolution devient un moyen de protéger les intérêts individuels ; toutefois, elle n'équivaut pas encore à une voie de droit.

D'après l'organisation administrative, les autorités actives ont leurs *supérieurs* ordinaires, investis vis-à-vis d'elles, d'un certain pouvoir d'apporter une modification à leurs résolutions. Ce pouvoir est double. En premier lieu, l'autorité supérieure est le *chef hié-*

rarchique qui peut, par un ordre adressé à son inférieur, enjoindre à ce dernier ce qu'il a à faire. Elle peut donc lui ordonner de retirer la résolution qui cause préjudice. D'un autre côté, l'autorité supérieure représente le degré administratif supérieur, l'instance qui peut être appelée à s'occuper de l'activité de l'autorité subordonnée pour dire, *à sa place* et d'une manière prépondérante, ce qui doit être de droit. Dans ce cas, par sa résolution, l'autorité supérieure modifie directement la résolution de l'autorité subordonnée et lui substitue, s'il y a lieu, l'acte qu'elle a créé.

Ces deux manières de procéder de la part de l'autorité supérieure ont pour limites celles de la compétence propre de l'autorité inférieure ; l'autorité supérieure ne peut ni donner des ordres, ni apporter directement des modifications que l'autorité inférieure ne pourrait pas faire (à moins que la loi ne donne des autorisations spéciales). Elle peut exercer son pouvoir de réformation, sous les deux formes, pour protéger un individu à qui la résolution a porté préjudice, soit qu'il ait été lésé dans ses droits, soit que ses intérêts seulement aient souffert. En tout cas, cela ne constitue pas une voie de droit au sens que nous avons établi.

Pour toutes ces possibilités d'apporter des modifications, il est de principe que l'on ne doit pas en faire trop facilement usage. Cela n'a pas besoin d'être dit expressément ; cela résulte de l'intention même qui a présidé à l'organisation des autorités. Quand une autorité prend une résolution ou toute autre mesure, elle a examiné le cas au point de vue du droit et du fait ; par conséquent, elle veut en avoir fini. Il serait contraire au bon ordre que, à chaque instant, elle voulût revenir sur cet examen, à l'effet d'apporter une modification éventuelle. Pour qu'elle s'occupe à

Digitized by Google

nouveau de la question, il faut un motif spécial qui l'y pousse, un doute sérieux qui s'élève sur l'opportunité de sa résolution. L'autorité supérieure s'imposera la même réserve ; à moins de motif spécial, elle ne procédera pas à un contrôle, ni par conséquent à une modification (5).

2) Les intéressés peuvent s'adresser à l'autorité compétente pour modifier, et présenter les observations convenables en vue de faire servir cette compétence à leur profit.

Cette pétition, quand elle est adressée à l'autorité de qui émane la mesure préjudiciable, s'appelle *remontrance* (*Gegenvorstellung*) (6) ; quand elle s'adresse à l'autorité supérieure, elle s'appelle *recours* (*Beschwerde*) (7).

La réponse qui, dans l'un et l'autre de ces cas, est donnée, s'appelle le *rescrit* (*Bescheid*). Le rescrit peut, soit rejeter la pétition, soit y donner suite ; il y est donné suite, quand l'autorité estime qu'on

(5) Les juristes bavarois donnent à ce principe la formule suivante : on ne doit intervenir dans les décisions des autorités inférieures que dans le cas « où des intérêts publics sont manifestement et sérieusement compromis » (*Krais*, Handb. der inneren Verw., I, p. 62), ou dans le cas « où, par un acte de l'autorité inférieure, l'intérêt public ou le droit existant a été lésé à un degré considérable » (*Seydel*, Bayr. Staatsrecht, II, p. 394).

(6) *Parey*, Preuss. Verw. R., I, p. 179. La remontrance est un moyen de droit extraordinaire, admis non par une déclaration expresse des lois administratives de 1883, mais conformément à l'usage existant, par la jurisprudence de l'Ober-Verwaltung-Gericht. Pourquoi « extraordinaire », si la chose va de soi ? Du reste, le terme de « moyen de droit » (*Rechtsmittel*) dans notre langue juridique n'est employé que dans les cas où l'on s'adresse à une autorité autre que celle de qui émane la résolution attaquée.

(7) O. V. G., 19 decembre 1883. — On cite aussi la « requête » (*Gesuch*) comme troisieme moyen de protection pour les droits et les intérêts lésés, à côté de la remontrance et du recours : *Seydel*, Grundzuge, p. 102. *Ulbrich*, Oest. Staatsrecht, p. 115, parle même d'un droit de requête (*Gesuchsrecht*). C'est *L. v. Stein* (Verw. Lehre, I. pp. 282 ss.) qui est le père de cette idée. Mais ou bien la requête est une remontrance, ou bien elle est un recours, ou bien elle ne nous intéresse pas du tout.

Digitized by Google

aurait mieux fait de ne pas prendre la mesure attaquée. Mais même au cas de rejet, le recours ou la remontrance peut avoir servi de moyen de protection : car le moyen de protection, comme la voie de droit dans la procédure civile, ne signifie pas qu'on aura toujours gain de cause ; il suffit qu'on ait accordé au plaignant un nouvel examen de son affaire. D'ailleurs, le recours n'obtiendra pas nécessairement cet examen. En règle, on ne laissera pas le plaignant sans réponse ; mais le rescrit peut dire — et il dira très souvent — que l'autorité n'est pas dans le cas de donner suite au recours, ou, pour parler franchement, qu'elle n'est pas disposée à s'occuper encore une fois de l'affaire. Pour la remontrance il en sera de même.

C'est qu'en effet ces pétitions par elles-mêmes ne font pas disparaître les principes qui régissent l'exercice du pouvoir de modifier une résolution. Elles prouvent seulement que le plaignant n'approuve pas la mesure qui a été prise ; par là, l'opinion contraire, exprimée par l'autorité au moyen de cette mesure, n'est pas mise en doute au point qu'un examen nouveau doive nécessairement avoir lieu. A cet égard, il n'y a pas à distinguer suivant que la pétition invoque une violation du droit, ou la lésion d'un intérêt. C'est, il est vrai, le devoir de l'autorité invoquée de porter remède à la violation du droit qui pourrait avoir eu lieu ; mais c'est aussi son devoir de corriger de simples injustices, des manques d'égards et des rigueurs inutiles. Dans les deux cas, la seule chose à savoir est si vraiment quelque chose de répréhensible a eu lieu ; or, l'autorité ne procède pas, sans motif spécial, à l'examen de cette question. Le recours n'indique pas nécessairement ce motif. L'impression qu'il produit est une affaire de chance. Cette impression peut être tellement forte que du même coup naissent la volonté d'examiner et celle de modifier. Dans d'autres cas, le

Digitized by Google

recours passe presque inaperçu, et n'obtient qu'une réponse pour la forme. Ou bien l'on adopte un moyen terme ; on n'examine que le plus gros, ou seulement le point de droit ou tel autre point qui attire l'attention (8). Mais, en ceci, le recours est le contraire de ce que nous avons appelé une voie de droit ; il en est de même pour la remontrance (9).

(8) Cet état de choses a été exprimé avec une clarté particulière dans l'ordonnance badoise du 12 juillet 1864, § 6 : « Contre des dispositions rendues en matière administrative et de police, chaque intéressé est admis à former son recours à l'autorité supérieure. Mais celle-ci n'est tenue de donner suite au recours qu'autant qu'elle le juge indiqué par l'intérêt public ». — Il est bien naturel, en effet, que l'autorité se résolve plus facilement à procéder à un examen de l'affaire lorsque quelqu'un qui se prétend être lésé invoque son secours, que lorsqu'il s'agit de procéder d'office. *Gerber*, Oeff. Rechte, p. 79, note 1, reconnaît là « la bienveillance de nos autorités qui ne résistent pas facilement à des prières ». — La diversité des réponses peut devenir très importante, quand il s'agit de délais pour de véritables moyens de droit : a-t-on refusé d'examiner la remontrance au fond, le délai court à partir de l'acte primitif ; mais si, sur la remontrance, l'autorité « a procédé à un nouvel examen et si, après cet examen, elle a pris une résolution nouvelle », le délai ne court qu'à partir de cette « seconde disposition ». En ce sens, O. V. G., 2 juin 1881 (Samml., VII, p. 253).

(9) Nous avons insisté sur le principe que, en général et à défaut d'une disposition légale, la nature de la lésion dont on se plaint est indifférente pour la nature et l'effet du recours. Mais, en doctrine, on se donne beaucoup de peine pour faire une distinction essentielle reposant sur le contenu du recours. D'après *L. v. Stein*, le recours forme, par son contenu, l'oppose de l'acte introductif d'instance devant la justice administrative ; c'est le contraire de la demande administrative. Cette dernière ne peut jamais invoquer l'intérêt et l'utilité, elle repose exclusivement sur le droit lésé (Verw. Lehre, I, p. 376). Le recours, au contraire, est toujours dirigé contre un fait de l'autorité « qui, sans violer un droit, est préjudiciable aux intérêts des citoyens » (*loc. cit.*, p. 385). Cette distinction, évidemment, n'est pas d'accord avec la réalité ; cependant, on a admiré sa « précision » (*Schulze*, Preuss. Staatsrecht, II, p. 669, note 1 et p. 670 ; dans ce sens aussi : *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, II, p. 471 ; *Seydel*, Grundzüge, p. 103 ; voy. cependant le même, Bayr. Staatsrecht, II, pp. 393, 493). — Au cours de la discussion, on a fait intervenir l'opposition dans la notion même du recours ; l'on a distingué un recours de droit (*Rechtsbeschwerde*) et un recours d'administration (*Verwaltungsbeschwerde*) : *v. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 116 ; Wörterbuch, I, p. 162 ; *Ulbrich*, Oestr. Staatsrecht, p. 422. Le premier reposerait sur le droit violé, le second sur le simple intérêt lésé. Si le « recours de droit » ne doit être qu'une autre expression pour désigner la demande administrative dans le sens de *L. v. Stein* — ce qui n'est pas toujours clair — nous n'avons rien à ajouter à ce que nous venons de dire. Si, au contraire, le véritable recours, l'appel

3) Le recours devient une voie de droit, quand l'autorité à laquelle il est adressé est obligée de procéder à l'examen de l'affaire et de rédiger ensuite son rescrit. Cela peut être l'effet d'une instruction qui est donnée à l'autorité, mais cela ne suffit pas. Il faut que l'on soit tenu juridiquement envers l'individu à cet examen ; il faut qu'une règle de droit, une loi ou une ordonnance ait imposé cette obligation. Il en résultera, au profit de l'individu, un droit individuel correspondant, un pouvoir sur cette activité de la puissance publique, le *droit de recours*. Cela ressemble beaucoup au droit du demandeur en matière de procédure civile. Le recours fondé sur ce droit, à la différence de celui qui résulte simplement de l'organisation hiérarchique des autorités, est appelé *le recours formel* (10).

au supérieur, doit être divisé ainsi en deux espèces différentes, selon que l'on allègue une violation d'un droit ou tout autre préjudice, nous demanderons en quoi le recours, par cette différence du motif invoqué, devient en lui-même un autre moyen de droit. Aussi longtemps qu'on ne répondra rien sur ce point, il nous semble qu'il est bien inutile de s'amuser à chercher des divisions pareilles.

(10) Sur la nature du droit du demandeur, auquel nous comparons le droit de recours, voy. *Laband*, Staatsrecht, édit. all., II, pp. 338 ss. (édit. franç., IV, p. 156). D'ordinaire, on ne se rend pas compte de la portée du droit de recours. *G. Meyer*, Staatsrecht, § 223 : « Le droit de recours est le pouvoir de s'adresser aux organes supérieurs de l'Etat pour demander le redressement des dispositions des organes inférieurs ». Mais cela ne serait qu'une faculté d'agir, ce ne serait pas un droit ; ou, si l'on veut, un droit dans le genre de ceux que *Gerber*, Oeff. R., p. 79, note 1, mentionne pour les écarter, comme le droit de faire des pétitions, le droit de penser, etc. Il est permis à tout le monde de prier et de demander, cela est certain. Mais le droit à un examen et à une résolution de l'autorité n'appartient pas à tout le monde. D'après *G. Meyer* et bien d'autres auteurs, le droit de recours se confond avec la possibilité de former un recours simple. Cette manière de voir ne s'explique que par le souvenir des agissements du régime de la police ; dans ce régime, par des « peines infligées aux solliciteurs » (*Querulantenstrafen*) et autres moyens, on a voulu faire perdre aux sujets le goût de se plaindre. On appelle cela maintenant un droit, parce que ce n'est plus défendu. C'est sous cette forme que le droit de recours nous est naïvement proposé par *v. Roenne*, Preuss. Staatsrecht, II, p. 176 : « De la nature du *Rechtsstaat* résulte nécessairement le pouvoir, pour chaque citoyen, de demander, sans empêchements et sans

Digitized by Google

De la même manière, à côté de la simple remontrance, nous trouvons une pétition que l'autorité à laquelle on s'adresse est obligée d'examiner, à l'effet de retirer ou de maintenir sa propre résolution selon le résultat de cet examen : c'est l'*opposition*, avec le *droit d'opposition* (11).

II. — Le nom de *recours formel* se justifie par ce fait que le droit de recours, sur lequel il repose, entraîne certaines *déterminations juridiques de la procédure* qui n'existent pas dans le recours simple.

1) Etant donné que le recours simple n'est pas

désavantage personnel, l'accomplissement de certains agissements, et de s'adresser, en conséquence, par des prières et des requêtes, aux autorités compétentes ». Qu'il est facile à satisfaire, ce *Rechsstaat !* Mais plusieurs de nos chartes constitutionnelles, qui consacrent expressément un droit de recours contre « un agissement contraire à la loi et au bon ordre » (Saxe, § 36, Wurttemberg, § 36, Oldenbourg, art. 47, Cobourg-Gotha, § 46), semblent le comprendre dans le même sens ; pour Cobourg-Gotha, la chose est certaine. — *Loening*, Verw. R., p. 794, envisage bien le véritable droit de recours en disant : « Il s'agit d'un droit, car il a pour correspondant l'obligation des autorités, reconnue expressément dans la plupart des Etats, d'examiner les recours qui leur sont adressés et d'y répondre ». Mais *Loening* efface le caractère distinctif du droit de recours par la tendance qu'il manifeste d'attribuer le même effet juridique à toute sorte de recours. Pour que le droit en question existe, il suffirait, d'après lui, que la loi contienne des prescriptions indiquant comment on doit procéder pour statuer sur un recours ; comme pis aller, il imagine, à cet effet, un droit coutumier qui, créant ces règles, établirait par cela même un droit de recours des intéressés (p. 795, note 1). Mais le recours simple, sans droit individuel, est le cas ordinaire et la règle ; dans bien des cas, il peut être considéré comme suffisant. L'admission d'un droit de recours est une mesure particulière qui ne peut résulter que de la volonté exprimée dans une loi ou dans une ordonnance. La différence devient apparente quand, dans une affaire, les deux sortes de recours se présentent à la fois ; ainsi, Bl. f. adm. Pr. 1882, p. 243, contre les résolutions de la commission de l'assistance publique, la commune a le recours, c'est-à-dire le recours formel ; mais l'indigent peut, de son côté, essayer au moins de provoquer la mesure d'office : c'est ce que nous appelons le recours simple.

(11) *Parey*, Preuss. V. R., I, pp. 180 ss., où la différence avec la remontrance est bien montrée. *V. Brauchitsch*, Verw. Gesetze, I, p. 200, insiste trop exclusivement sur le caractère particulier de l'opposition qui peut être introduite dans la procédure pour parer à une résolution encore à prendre. Elle n'est pas toujours à cette place ; elle ne se distingue pas par là du recours simple qui peut intervenir de la même manière.

Digitized by Google

autre chose qu'une dénonciation ayant pour but d'inciter l'autorité à se servir de son pouvoir de réformation, peu importe l'intérêt qui fait agir le plaignant. Au contraire, dès qu'un droit de recours est reconnu, il est nécessaire de déterminer les *personnes* auxquelles il appartient, et dans quelles *conditions* il leur appartient.

La loi détermine les actes contre lesquels le recours est possible ; ce sont principalement des actes administratifs (12). Elle peut désigner celui qui a le droit de former ce recours. Il peut aussi être dit que le recours appartient à celui qui prétend avoir été lésé dans ses droits par cette résolution. Dans le cas le plus fréquent, — celui où la loi dit seulement que le recours est admis contre telle ou telle sorte d'actes, — il n'en résulte pas que le recours soit restreint aux personnes qui invoquent un droit lésé.

D'un autre côté, il ne faut pas dire que le droit de recours appartient à tout individu qui se prétend blessé dans ses intérêts d'une manière quelconque, même indirecte, ou froissé dans ses sentiments. Lorsque la voie de recours formel est ouverte contre une résolution, cela n'a lieu, à moins d'indication expresse, qu'au profit des personnes qui ont été l'objet direct de cet acte et pour lesquelles cet acte a eu un effet juridique. Les *tiers* sont exclus. Pour tracer la ligne de démarcation, il faut appliquer les principes qui servent à déterminer la personne qui peut jouer le rôle de demandeur devant la justice administrative (13).

(12) Quand il s'agit de mesures matérielles, de simples sommations et d'avertissements, le recours formel n'est pas à sa place ; comme l'appel, il suppose un acte d'autorité. Mais la loi peut en disposer autrement ; Bl. f. adm. Pr. 1876, p. 159.

(13) *Parey*, Preuss. V. R., I, p. 262 : « Le recours sans formes n'étant qu'une dénonciation, une communication, une incitation, peut être transmis à l'autorité par *quivis ex populo*, tandis que, dans le recours formel, la capacité pour le former joue un rôle important, de telle sorte qu'un recours pour ainsi dire « populaire » ne peut pas avoir

2) A la différence de ce qui a lieu pour le recours simple, lorsqu'il s'agit d'exercer le droit de recours, le *délai de recours* est essentiel. Le recours simple implique par lui-même qu'il est restreint à un certain temps ; plus tardivement le recours simple se produit et moins il donne à l'autorité l'impression qu'il y a un motif sérieux de procéder à un nouvel examen de l'affaire. Pour le droit de recours, au contraire, cette limitation naturelle n'existe pas. On peut acquiescer, il est vrai, à la résolution qui cause préjudice et la rendre ainsi inattaquable ; les autorités ne manqueraient pas de trouver un acquiescement dans le cas où l'on aurait tardé trop longtemps à former le recours ; car il faut bien que l'incertitude cesse. Mais alors le droit de recours lui-même dépendrait d'une question d'appréciation ; il deviendrait précaire. La fixation d'un délai légal est le moyen de concilier ces intérêts opposés. Avant l'expiration de ce délai, il ne sera pas permis de présumer un acquiescement à raison du seul fait qu'on n'aura pas usé du droit de recours. Le délai écoulé, le droit de recours est éteint.

Cela n'enlève pas à l'autorité la faculté de procéder d'office à l'examen de l'affaire ; peut-être le recours tardif lui en fournira-t-il encore l'occasion (14).

La fixation d'un délai légal de recours suppose par elle-même la reconnaissance d'un droit de recours; car ce n'est qu'en considération de ce droit que le délai se trouve logiquement justifié (15).

lieu ». Nous ne voudrions reconnaître d'effet juridique à l'acte et par conséquent capacité pour l'attaquer que chez la personne vis-à-vis de laquelle l'acte a été accompli. La jurisprudence étend un peu ce cercle : O. V. G , 13 décembre 1876 : Par ordre de police, il a été défendu aux aubergistes de servir des boissons à un ivrogne ; l'ivrogne a capacité pour attaquer cet acte par le moyen de droit, puisque cet acte a porté atteinte « à la sphère de ses droits ».

(14) L'autorité ne s'y prêtera que dans des cas très exceptionnels : *Krais*, Handb. d. inneren Verw., I, p. 63.

(15) C'est pourquoi l'Ordonnance Badoise du 12 juillet 1864, § 86.

L'existence d'un droit de recours peut également résulter de l'établissement par la loi de certaines formes de procédure qui devront être observées par l'autorité pour statuer sur le recours. L'autorité doit justifier ainsi de l'examen nouveau à la suite duquel elle doit rendre son rescrit.

3) Le recours simple s'adresse aux pouvoirs de réformation existants. L'exercice du droit de recours fait naître des pouvoirs qui n'auraient pas lieu sans le recours.

Le recours peut faire disparaître des *obstacles* qui, sans lui, s'opposeraient au pouvoir de réformation. Tel est le cas pour les droits individuels que l'acte attaqué peut avoir créés; le pouvoir de réformation se trouve lié, non seulement celui de l'autorité dont l'acte émane, mais encore celui de l'autorité supérieure (comp. § 9, III, n. 1 ci-dessus). Le recours simple n'y peut rien ; il ne peut pas dégager le pouvoir ; autrement, ce recours appartenant à tout le monde et n'étant soumis à aucun délai, il ne pourrait jamais être question de droits acquis. Au contraire, s'il existe, à l'encontre d'une résolution, un droit de recours, le droit d'un tiers, fondé sur cet acte, ne peut pas faire obstacle à la réussite du recours; autrement, le droit de recours serait illusoire. Par conséquent, le droit du tiers est nécessairement soumis à une condition résolutoire. Le plaignant remplit cette condition en formant son recours dans le délai. La conséquence est qu'il rend l'autorité libre de statuer sur son recours, comme si la résolution attaquée n'avait pas créé de droit individuel (16).

(1) parlant du recours auquel l'autorité ne doit pas nécessairement donner suite, ajoute : « Ces recours ne sont assujettis à aucun délai ni à aucune forme de procédure ».

(16) L'Ordonnance Badoise du 12 juillet 1864, § 87 (dont le contenu essentiel se retrouve dans l'Ordonnance du 31 août 1884, §§ 42 et 43) dispose que des permissions et autorisations créant des droits indivi-

Il se peut aussi que seul l'exercice du droit de recours *attribue* à l'autorité le pouvoir de réformation ; que ce soit seulement grâce au droit de recours qu'elle devienne compétente. La loi ordonne, par exemple, que l'autorité supérieure ne doit faire usage de son droit de réformation que s'il y a plainte. Cela ne vise pas, naturellement, un recours simple soulevé par n'importe qui. Cela suppose toujours un droit de recours dont l'exercice aura seul la force de mettre en mouvement l'autorité en vue d'examiner et de statuer à nouveau.

Cet effet du droit de recours se présente sous la forme la plus prononcée dans les cas où l'on a organisé des instances de recours spéciales, représentées par des autorités collégiales indépendantes. Ces autorités, par leur nature, ne sont ni aptes ni appelées à exercer, comme des autorités supérieures ordinaires, une surveillance continue et à agir d'office ; elles ne peuvent devenir compétentes que sur la demande d'un intéressé et en vertu d'un droit de recours. Comme les résolutions sur lesquelles les autorités collégiales sont appelées à exercer le contrôle légal, ne peuvent être modifiées que par elles, il est nécessaire que, non seulement le sujet, mais encore l'Etat puisse les mettre en mouvement pour faire valoir les intérêts publics lésés par une résolution de ce genre. Ainsi, le formalisme de cette institution a pour conséquence que, devant ces autorités de recours, les autorités administratives ordinaires elles mêmes se présentent comme plaignantes au nom de l'Etat. L'Etat lui-même a ici un droit de recours, de même qu'il joue le rôle de

duels ne peuvent être révoquées que pour incompétence, excès de pouvoir, etc., mais cette restriction n'a lieu que lorsque « le délai de recours est expiré » : pour parler plus exactement, dans le cas où il n'a pas été introduit de recours formel en temps utile ; dans le cas contraire, la révocation n'est plus empêchée par le droit individuel qui a été créé. *Weizel*, Bad. Ges. v. 1863, p. 296, note 1.

Digitized by Google

demandeur devant les tribunaux civils et administratifs. C'est pour lui-même le moyen d'obtenir la modification d'une résolution de ce genre (17).

Dans son ensemble, cette institution présente une ressemblance frappante avec la position du tribunal civil et avec la forme de la justice. Une seule chose essentielle manque, ainsi que nous le verrons (18).

III. — Dans l'ancien droit, le recours aboutissait, en règle, à un *ordre du supérieur* qui prescrivait la rectification. Aujourd'hui, le rescrit peut aussi prendre la forme d'un *acte administratif* fixant directement le rapport juridique dont il s'agit, à la manière d'un jugement d'appel. Dans le recours formel, le rescrit doit toujours se produire dans ce dernier sens.

Cet acte administratif peut avoir pour contenu les rapports juridiques les plus variés ; ici nous n'aurons à considérer que son importance générale pour le règlement de l'affaire qu'il vise. A cet égard, il faut distinguer trois cas qui peuvent se présenter.

1) Le rescrit oppose un *refus*, le recours est rejeté. Cela n'équivaut pas à un *arrêt confirmatif*. Autrement, l'autorité inférieure serait liée par cette résolution dont le contenu reposerait dorénavant, non pas sur sa propre volonté, mais sur la volonté — inviolable pour elle — de l'autorité supérieure.

Ce n'est pas non plus, comme dans l'ancien droit et

(17) Ce système a trouvé son expression la plus forte dans la procédure suivie devant les « autorités délibérantes » (*Beschlussbehörden*) du droit prussien ; comp. *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, II, pp. 475 ss. Il en est de même du recours en matière administrative d'après le droit badois (Ord. du 12 juillet 1864 et du 31 août 1884), où figure également un recours du fonctionnaire préposé au cercle contre la résolution de l'autorité collégiale indépendante (*Bezirksrat*).

(18) *Parey*, Preuss. Verw. R., I, p. 170, parlant des affaires de l'administration délibérante (*Verwaltungsbeschlussachen*) et des affaires de l'administration contentieuse (*Verwaltungsstreitsachen*) déclare : « Dans les unes comme dans les autres, il faut voir une activité judiciaire ». C'est vrai pour les affaires contentieuses ; pour la procédure des autorités délibérantes qui statuent sur le recours, il ne s'agit que d'une analogie.

Digitized by Google

comme cela peut encore arriver dans le recours simple, une *communication* faisant connaître que l'autorité n'a pas l'intention d'intervenir contre la mesure attaquée. L'acte administratif que contient notre rescrit doit, d'après sa nature, déterminer, pour le plaignant, ce qui sera de droit pour lui.

Ce qu'il détermine ainsi, c'est que la mesure attaquée ne doit pas être modifiée dans la voie du recours. Le droit de recours est épuisé. Si le plaignant revient à la charge, c'est une simple remontrance sans qu'il y ait droit à un examen nouveau. Si, d'après la loi, l'intervention de l'autorité supérieure n'est admise qu'autant qu'elle a été régulièrement invoquée par les intéressés, cette instance est désormais définitivement écartée.

La mesure originaire elle-même ne reçoit, par un rescrit de rejet, aucune qualification juridique nouvelle. Elle subsiste comme acte de l'autorité inférieure, pouvant être retiré par cette dernière ou modifié par elle, absolument comme cela aurait pu avoir lieu s'il n'y avait eu ni recours ni rescrit.

2) Le rescrit désapprouve la mesure attaquée et l'*annule*, sans mettre à la place une mesure nouvelle. Alors le rescrit équivaut à une pure négation : ce qui a été soumis au contrôle ne doit pas être juridique ; et il en est ainsi vis-à-vis du plaignant, avec la force de l'acte administratif. Peu importe que cette déclaration ait été motivée parce que la mesure était illégale, ou parce qu'elle n'était pas juste, ou parce qu'elle était inopportune. Désormais, tout est illégal ; ce serait faire tort au plaignant, de la part de l'autorité inférieure, que d'agir contre lui en partant de l'idée que la mesure est valable. Ce qui a été déjà fait en vertu de cette mesure doit être remis dans son premier état ; le plaignant a le droit de l'exiger, même si le rescrit n'a rien dit à cet égard. D'ordinaire, l'autorité supérieure ne

Digitized by Google

manque pas de déduire ces conséquences en fait de restitutions, de démolitions d'ouvrages et d'inhibitions de procéder ultérieurement.

Mais le rescrit qui désapprouve, comme celui qui confirme, ne vaut que pour le cas particulier. Ce qui est juridiquement annulé, c'est seulement la résolution, la mesure qui a fait naître le recours. Il n'est pas dit que désormais pareille chose ne doit plus être faite à l'encontre du plaignant. L'autorité inférieure peut immédiatement prendre une nouvelle résolution ayant le même contenu. L'annulation qui a frappé la première résolution n'étend pas son effet sur la résolution nouvelle. L'autorité s'expose seulement à obtenir, sur un nouveau recours, le même résultat ; si elle s'entête, en dépit de l'autorité supérieure, à reproduire le procédé désapprouvé, cela pourra aboutir à des responsabilités personnelles.

3) Le rescrit peut, à la place de la mesure attaquée et en la modifiant, *prescrire lui-même des dispositions sur le fond de l'affaire*. Alors il y a, en même temps, désapprobation de tout ce qui y est contraire ; pour le reste, le rescrit détermine à nouveau le rapport avec la force de l'acte administratif; il est obligatoire pour tout ce qui se fera ultérieurement dans cette affaire. L'autorité inférieure sera chargée de l'exécuter ; on lui renverra l'affaire dans ce but. Mais sa position est maintenant tout autre que si elle avait fait elle-même cet acte administratif : l'acte est intangible pour elle, d'après les principes généraux de l'ordre hiérarchique, qui veulent que la volonté de l'Etat émanant des degrés supérieurs soit considérée comme la meilleure et la plus forte. L'autorité supérieure, au contraire, de qui émane cet acte, peut le modifier d'après les mêmes règles qui permettent en général de retirer ses propres actes. De même, les autorités encore plus élevées sont, vis-à-vis de cet acte, dans la même situation que vis-à-

Digitized by Google

vis de tout autre acte émané d'une instance inférieure. La seule question est celle de savoir si ces autorités trouveront dans leurs compétences l'occasion de s'occuper encore de l'affaire.

Donc, tout ce qu'il y a de particulier dans les effets de cet acte ne repose que sur les *rapports hiérarchiques* des autorités et sur les principes de *subordination* qui en résultent. Ces particularités existeraient également si l'acte avait été fait sur recours simple, ou bien si l'autorité l'avait fait d'office. Le fait qu'il a été obtenu dans la voie du recours formel ne lui donne pas de qualités juridiques nouvelles, pas de force ni de signification nouvelles. C'est là le point où l'opposition apparaîtra entre la voie de recours et la voie de la justice administrative.

§ 13

La justice administrative. — Généralités.

La notion de justice administrative a son origine dans la notion de justice civile. Elle présente, par rapport à la justice civile, une opposition des autorités par lesquelles est exercée une certaine activité : elle commence par opposer les tribunaux civils aux autorités administratives. Mais la justice administrative suppose, en même temps, une identité en ce qui concerne l'activité elle-même : l'autorité qui fait partie de l'organisation administrative agit comme un tribunal et comme un tribunal statuant en matière contentieuse civile (1). C'est pourquoi l'autorité qui doit agir dans ces conditions s'appelle un tribunal administratif; et l'acte par lequel prend fin chaque fois son activité est un jugement administratif.

Le jugement administratif opère comme le jugement civil : il détermine, pour le cas individuel, ce qui doit être de droit pour les parties intéressées.

(1) C'est à raison de cette identité du but poursuivi qu'on a combattu autrefois la justice administrative comme une entreprise illicite sur le domaine des tribunaux civils. Dans ce sens, en 1725, le Reichshofrat procéda contre la chambre de la guerre et du domaine (*Kriegs- und Domanien-Kammer*), cette remarquable création de Frédéric-Guillaume I, roi de Prusse, qui devait exercer une sorte de juridiction en matière de finances; *Pfeiffer*, Prakt. Ausf., III, p. 229. Quant à la discussion sur « l'admissibilité » de la justice administrative, qui s'était élevée au commencement de notre époque, voir le § 5 note 16 ci-dessus. Nous trouvons une trace assez singulière de cette animosité dans la prescription de la charte constitutionnelle de l'Empire de 1849, § 183 : « La justice administrative est abolie ; pour toutes les violations du droit, il est statué « par les tribunaux ».

Seulement, au lieu d'un rapport de droit civil, il a pour objet un rapport de droit public, une relation entre la puissance publique et les particuliers : c'est un acte administratif dans le sens que nous avons développé plus haut (§ 5, II ; § 8, I). Mais le fait de cette détermination d'un rapport juridique par un acte d'autorité ne rend pas complètement compte de la notion de justice, soit civile, soit administrative. En ce qui concerne la justice administrative, cela apparaît évidemment à raison de l'existence d'actes administratifs innombrables qui ont tous ce même effet, sans cependant qu'ils soient en même temps des jugements administratifs et sans qu'il soit question de justice administrative. En quoi diffèrent-ils ? Quelles sont les marques distinctives que l'acte administratif doit avoir emprunté à la justice civile, pour qu'apparaisse la notion de justice administrative ? Telle est la question à résoudre. On perd trop souvent de vue, à notre avis, cette coexistence de deux actes semblables, quoique profondément différents, que nous présente le droit administratif. Cette coexistence doit servir à élucider quelques graves problèmes qui nous sont communs avec la science du droit de procédure civile.

I. — La justice civile a pour objet ordinaire la *solution d'un litige*, d'une contestation juridique. Le jugement détermine ce qui doit être de droit entre les parties, en déclarant ce qui déjà est de droit pour elles. Il dit uniquement ce que la *loi* a voulu pour ce cas ; il est la *viva vox legis*. Par là, il constate à la fois les *droits individuels* existants et leur attribue la certitude nécessaire pour qu'ils soient ramenés à exécution par la force. La constatation, c'est l'affaire essentielle du jugement (2). Le mot *juridiction* (*Rechtsprechung*),

(2) A. *S. Schultze*, Privatrecht u. Process, p. 219.

dont on se sert comme synonyme de justice contentieuse, désigne très exactement ces qualités caractéristiques (3).

Notre doctrine, on ne saurait le méconnaître, est dominée par l'idée que la mission de la justice administrative doit nécessairement être fixée de la même manière, et que, par essence, elle a un contenu identique. Au début, quand la justice administrative avait encore à lutter pour son existence, on avait soin de faire apparaître au premier plan ce qu'on appelait les affaires administratives contentieuses ou « contestations de droit public » (*Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts*). Il s'agit ici d'une *contestation entre particuliers* sur leurs droits et devoirs réciproques résultant d'un rapport de droit public ; une autorité administrative est appelée à statuer. Cela ressemble tellement à la situation qui se présente normalement dans un procès de droit civil, qu'on peut espérer convaincre les adversaires même les plus acharnés de l'idée de justice administrative (4).

Mais on ne peut pas s'arrêter là : il en sera de même quand un particulier est placé vis-à-vis de l'Etat pour réclamer ou défendre ses droits. On ne s'éloigne pas encore trop du modèle qu'on veut trouver dans la matière de la justice civile. Et l'on défend cette thèse : il y a justice administrative quand une autorité administrative doit statuer sur un *droit individuel* (5).

Le droit individuel, il est vrai, est assez rare dans

(3) *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 63.

(4) *Goenner*, Entw. eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren, I, p. 14, II, p. 56 ss.; *v. Weiler*, Verw. u. Justiz., p. 24 ; *Poehlmann*, Wesen der. sog. adm. kont. Sachen, p. 3, p. 34 ; *Oppenhoff*, Ressortverh., p. 80.

(5) *K. v. Pfizer*, Grenzen zw. Verw. u. Civ. Justiz, pp. 8, 30, 107 : le même, Zulässigkeit der Verw. Justiz, p. 21 ss. De nos jours, *G. Meyer*, Verw. R., I, p. 46 note 2, affirme encore : « C'est l'opinion dominante que la justice administrative est exclusivement destinée à protéger des

Digitized by Google

la sphère du droit public; qui plus est, il y a un désaccord complet sur ses qualités distinctives. Pour ne pas trop restreindre le cercle de la justice administrative, on se voit dans la nécessité de laisser passer comme droit individuel l'intérêt simplement protégé d'une manière quelconque par les règles de l'ordre juridique. Ainsi, on arrive à poser le principe que la justice administrative peut également être appelée à maintenir simplement le droit positif, l'*ordre juridique* pour lui-même, que des véritables droits individuels en résultent ou non (6).

Mais, en fin de compte, peu importe que la décision soit liée et déterminée par la loi, par la coutume, par un droit individuel ou par le contenu d'un acte qu'il s'agit d'interpréter; il ne doit pas y avoir de différence, pas plus que dans la justice civile. Ainsi, le résultat final, c'est l'identification de la justice administrative avec la *juridiction* dans le sens strict du mot, c'est-à-dire la déclaration de ce qui est de droit dans le cas individuel. L'acte de juridiction n'est autre chose que l'acte administratif que nous appelons une *décision* et que nous avons défini ci-dessus, § 8, II, n. 3. Par sa nature, la justice administrative consiste donc

droits individuels ». Dans le même sens, *Gluth*, dans Arch. f. öff. R., III, p. 570 et note 5, où l'on trouvera indiqué une bibliographie nombreuse.

(6) Cette opinion se développe par degré. *G. Meyer*, Verw. R., II. p. 46, y reconnaît une nouvelle mission qui peut être assignée à la justice administrative, en outre de celle de la protection des droits individuels à laquelle on a voulu la restreindre. D'autres cherchent à concilier les deux manières de voir, en admettant, sur l'autorité d'Ihering, un droit individuel partout où des intérêts se trouvent protégés par l'ordre juridique; si ce n'est pas un droit du sujet, c'est au moins un droit de l'Etat: *v. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 69; *Leuthold*, dans Annalen, 1884, p. 495 ss.; *Loening*, V. R., p. 796 ss. Un troisième groupe enfin fait consister toute la mission de la justice administrative exclusivement dans la protection de l'ordre juridique: *Gneist*, Rechtsstaat, p. 270, 271; *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, II, p. 407. Cet ordre juridique, il est vrai, est pris ici dans le sens le plus large; il est loin de ne comprendre que des règles de droit; comp. § 12 note 2 ci-dessus.

Digitized by Google

dans l'émission de décisions par des autorités de l'organisation administrative. Mais comme on ne nie pas qu'il faut ajouter d'autres éléments caractéristiques relatifs surtout à la forme de la procédure à suivre, on aime à formuler la thèse d'une manière négative, en écartant de la justice administrative ce qui est le contraire d'une décision. C'est ainsi que, en dernière analyse, on nous donne la formule suivante: *des actes d'appréciation libre ne peuvent pas faire l'objet de la justice administrative* (7).

On parle d'*appréciation*, même dans l'activité juridictionnelle ordinaire du tribunal civil. Pour dire ce que la loi a voulu pour le cas individuel, il faut que le tribunal puisse *adapter* cette volonté aux circonstances ; étant donné la variété immense des circonstances, cela ne lui est possible que si une certaine latitude lui est laissée. La loi ne pouvant pas toujours donner la solution stricte, se borne à donner des principes d'après lesquels doit se déduire la solution qu'elle a voulue. Le juge applique ces principes par son appréciation. Les principes peuvent être plus ou moins larges. On parle même d'une *libre* appréciation du juge, lorsque la latitude est très grande. Mais toujours, à quelques exceptions près dont nous parlerons tout à l'heure, le juge ne dit pas : « je veux au nom de l'Etat et en vertu d'une autorisation de la loi », mais : « je déclare que la loi veut dans ce cas, et j'ai trouvé sa volonté par une libre appréciation ». C'est ainsi que le juge évalue les dommages-intérêts, fixe les délais de livraison, détermine l'étendue d'une servitude, etc.

(7) *Lehmayer*, dans Grünh. Ztschft., IV, p. 752 ; *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, II, p. 440. *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 37, donne ceci comme l'opinion ordinaire. Il voudrait se servir du sens littéral du mot « juridiction » pour donner un appui à cette opinion : au lieu de *justice administrative*, on dit aussi *juridiction administrative* et juridiction est synonyme de décision à rendre ; *ergo* ! (Rechtskraft, p 63). Il nous semble impossible d'argumenter ainsi.

La libre appréciation dont il s'agit ici est tout autre. Il n'y a pas simplement à dire ce que, pour régler directement le cas, la loi a voulu en termes peut-être obscurs et indéterminés, mais néanmoins ce qu'elle a déjà voulu. Il s'agit de créer librement ou dans les limites d'une autorisation donnée par la loi, une volonté de l'Etat. En un mot, l'acte de libre appréciation n'est autre chose que ce que nous appelons une *disposition* telle que nous l'avons définie ci-dessus, § 8, II, n. 3 (8).

Cette libre appréciation n'est certes pas l'arbitraire. L'autorité est liée par les ordres qui lui sont donnés par l'autorité supérieure, elle est liée également par la direction même de l'intérêt public que doit suivre tout acte d'autorité. Cela n'empêche pas l'existence d'une libre appréciation. Cet intérêt public peut être déterminé d'après les buts suivants : la tranquillité, l'ordre, la sûreté, la salubrité publique. L'indication d'un intérêt de cette sorte selon lequel on doit agir sert justement à reconnaître l'appréciation libre laissée à l'autorité ; cela prouve qu'il s'agit d'émettre une disposition administrative (9).

Ces dispositions doivent donc être insusceptibles de

(8) *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, II, p. 441 distingue les deux sortes d'appréciation, comme nous venons de le faire ci-dessus. Il les appelle l'*appréciation judiciaire* et *l'appréciation administrative*. Ces expressions ne sont pas heureuses : ce qu'il appelle *appréciation judiciaire* se retrouve dans la moitié des actes administratifs.

(9) *Laband*, Staatsrecht, I, édit. allemande, p. 677 (II. édit. française p. 575) formule l'opposition avec la décision comme « une résolution libre au point de vue de droit » c'est-à-dire qui n'est pas liée vis-à-vis du sujet ; l'ordre du supérieur, qui n'a qu'un effet intérieur, ne saurait enlever cette liberté. *Tezner*, Zur Lehre vom freien Ermessen, p. 20, interprète en ce sens la loi autrichienne sur la constitution d'une cour administrative, § 3, lit. c. : par l'expression « libre appréciation », dit-il, on n'a visé que « la liberté des organes de la puissance publique « en fait de liens et d'obligations vis-à-vis de l'individu ». *Bernatzik*, ignorant la différence entre les devoirs professionnels des fonctionnaires et la détermination de leur autorité par des liens de droit vis à-vis du sujet, a réussi à trouver dans la maxime : « Fais ce que tu crois être conforme au salut public » une règle de droit grande et générale.

Digitized

former l'objet de la justice administrative. Telle est la doctrine (10).

Mais quel est le droit en vigueur? D'après ce droit, les actes de cette espèce sont-ils exclus des matières de la justice administrative? C'est le contraire qui est vrai.

Tout d'abord, il serait faux de dire que, même dans la justice civile, il n'y a que des actes de « juridiction », des décisions. Nous ne parlons pas des évaluations et autres appréciations de ce genre, qui, comme nous venons de le voir, s'accordent parfaitement avec le caractère de décisions. Mais il y a aussi des jugements civils qui statuent avec cette liberté d'appréciation que nous trouvons dans les actes de disposition administratifs. L'exemple le plus frappant nous est donné par l'action en partage : le partage est une décision liée par la loi ; mais la manière dont le partage se fait n'est pas de droit; c'est le jugement seul qui l'ordonne. C'est de la volonté créatrice, de la disposition avec appréciation libre de l'utilité et de l'équité. Le terme de juridiction, avec son sens exact, ne conviendrait pas. Et cependant, toute cette procédure forme l'opposé de ce qu'on appelle la justice gracieuse; c'est de la justice contentieuse dans sa forme et dans son effet. C'est là un argument décisif.

La justice administrative comprend des actes de libre appréciation dans une mesure incomparablement plus large. Elle a ses affaires de partage et de

qui lie juridiquement toutes les actions de l'administration et en fait des actes de juridiction (Rechtskraft, p. 46). Sa confiance dans cette règle singulière de droit n'a pas été ébranlée depuis lors: comp. Grünh. Zeitschrift, XVIII, p. 150.

(10) Comp. sur cette question de la libre appréciation, *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 36 ss.: et aussi la polémique : *Tezner*. Zur Lehre von dem freien Ermessen ; *Bernatzik*, dans Grünh. Zeitschrift, XVIII, p. 148 ss. On a encore voulu distinguer une « appréciation technique » qui serait spécialement réfractaire à tout contrôle Cette distinction n'a aucune valeur : *Tezner*, Freien Ermessen, p. 33 ss.

Digitized by Google

liquidation, aussi bien que la procédure civile (11). Mais, en général, il n'existe pas de disposition administrative qui ne pourrait devenir l'objet de la justice administrative. La loi positive peut restreindre le juge administratif à des actes de juridiction ; elle peut, si elle le juge convenable, exclure les actes de libre appréciation (12). En règle, elle ne fait pas cette distinction. Quand elle appelle les tribunaux administratifs à contrôler ou même à faire, pour la première fois, des actes de libre appréciation avec tout leur contenu, c'est de la justice administrative *dans le sens plein et entier de la notion* ; l'acte par lequel ces tribunaux statuent est un jugement *de la même valeur et vertu* qu'au cas où il s'agit d'une pure décision. C'est là un fait évident et une vérité éclatante (13).

(11) La loi Bavaroise du 8 août 1878 s'était inspirée d'un certain doctrinarisme pour établir le principe qu'il ne doit pas y avoir de justice administrative pour les affaires de libre appréciation (art. 23, chiff. 3). Ceci posé, dans son art. 11, elle avait à s'occuper de certaines affaires de liquidation qui ne peuvent se terminer que moyennant une libre appréciation, à la manière des affaires de partage. Cela doit se faire par la voie de la justice administrative. Mais la loi dit : il y aura lieu à une « décision arbitrale » qui, en seconde instance, sera rendue par la cour administrative (art. 10, Al. 3). Pourquoi *arbitrale* ? La procédure et les effets de l'arrêt sont les mêmes comme dans tout autre cas de justice administrative : *Krais*, Comment., p. 152 ; *Kahr*, Comment., I, p. 163. Il n'y a aucun motif sérieux pour qu'une autorité publique agissant dans les limites de sa compétence s'appelle tout à coup tribunal arbitral. Il est évident que, par cette expression, le législateur ne cherche qu'à cacher le fait qu'ici, — en contradiction avec le principe établi plus catégoriquement qu'il n'était nécessaire, — il a cependant admis la justice administrative pour une affaire de libre appréciation.

(12) Nous venons de citer la loi Bavaroise sur la constitution d'une cour administrative du 4 août 1878, art. 13, chiff. 3. Dans ce sens aussi la loi autrichienne du 22 oct. 1878, § 3, lit. c.; la loi Württemb. du 16 déc. 1876, art. 13, al. 2.

(13) Les exemples les plus frappants nous sont fournis par le droit prussien. Loi sur la compétence du 1er août 1883, § 57 : contre un arrêté qui ordonne le déclassement d'une voie publique, tous les intéressés peuvent se pourvoir devant le tribunal administratif (v. *Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 303 ; Ob. Verw. Gericht, 5 juin 1874 ; Samml., IV, p. 233). D'après la même loi, l'opportunité d'une mesure administrative est soumise au contrôle de la justice administrative en matière de constructions de maisons d'école (§ 47), de construction de

La doctrine qui s'obstine à nier ce fait se voit dans la nécessité d'avoir recours à des subtilités qui sont vraiment pénibles à constater (14).

II. — S'il était vrai que la justice administrative ait nécessairement pour objet une décision à rendre, cela ne nous dirait encore rien de sa nature propre. Car il y a beaucoup d'actes administratifs qui ont le caractère de décision et qui, cependant, ne sont pas des jugements. Qu'on ne nous dise pas que ce ne

routes (§ 56), de curage des fossés et cours d'eau (§ 66), de fixation du niveau de la retenue pour une usine hydraulique (§ 67 : « à défaut d'une détermination claire et valable »).

La loi bavaroise, comme nous l'avons vu, exclut les questions de libre appréciation. Or, il se trouve que beaucoup d'affaires qui, pour ce motif, en Bavière, n'appartiennent à la justice administrative qu'en partie, sont, en Prusse, entièrement attribuées à cette dernière. *Seydel*, Bayr. St. R., II, p. 154, cite une série de cas dans lesquels, en Bavière, la justice administrative serait restreinte au contrôle de la question de droit ; dans tous ces cas, en Prusse, le contentieux de pleine juridiction a lieu. La permission de police pour ouvrir un cabaret, par exemple, est soustraite en Bavière à la justice administrative, parce qu'elle dépend d'une libre appréciation (Verw. Gericht Hof, 28 sept. 1880 ; Samml., II, p. 77) : d'après la loi prussienne sur la compétence, § 114, elle y est soumise. Et cependant, en Prusse aussi bien qu'en Bavière, il est reconnu qu'il y a là une libre appréciation à faire : Ob. Verw. Gericht, 20 oct. 1880, 8 juin 1881 ; *v. Brauchitsch*, Verw. Gesetze, I, p. 345 ; *Kahr*, Comment., I, p. 95.

(14) Nos auteurs aiment partir d'une définition énergique et vigoureuse pour glisser ensuite dans des concessions par lesquelles ils annullent tranquillement tout ce qu'ils ont établi. Ainsi, par exemple, *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 45 ss., affirme d'abord que les affaires de libre appréciation échappent à la justice administrative (p. 47) ; ensuite (p. 47 note 4), il distingue une « libre appréciation dans le sens strict », afin d'admettre « une certaine appréciation » ; enfin, il observe que, dans la compétence de nos tribunaux administratifs, telle qu'elle a été réglée par la loi, il y a aussi « de pures questions d'opportunité et d'appréciation des circonstances ». D'autres auteurs, en constatant que le droit actuel n'est pas conforme à ce qu'il devrait être d'après leur définition, au lieu de modifier cette définition, se prononcent très sévèrement contre le législateur. Ainsi *Roesler*, dans Grünh. Zeitschrift, pp. 202, 205 et 250 ; *v. Sarwey*, Oeff. R. et Verw. R. Pfl., pp. 79, 230 et 744, 745. D'autres, enfin, croient pouvoir escompter le fait de l'existence d'une justice administrative qu'ils désapprouvent. D'après *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 46, il n'y a que l'apparence d'une justice administrative ; cela, en réalité, ne diffère pas de l'administration ordinaire. *Bornhak*, Preuss. St. R., II, p. 419 : « une justice administrative, d'après la forme seulement, et non d'après le contenu ».

Digitized by Google

sont pas de véritables décisions, des décisions proprement dites, des décisions dans le sens matériel, etc., et que, par conséquent, elles sont insuffisantes pour former la matière de la justice administrative. Ces mêmes actes, accomplis d'abord par des autorités de l'administration active, peuvent passer ensuite devant un tribunal administratif, qui les examine, confirme, modifie, les accomplit enfin à nouveau ; ce sont alors des jugements (15). Pourquoi cela ? Parce que c'est un tribunal administratif. La caractéristique du tribunal administratif ne peut donc pas être la matière qui lui est soumise — sans quoi, la première autorité serait également une juridiction administrative — il faut s'attacher à ce qu'il en fait, à la manière dont cette matière est traitée devant lui. La justice administrative n'est pas une question de *fond*, mais une question de *forme*. Si la justice civile sert de modèle à la justice administrative, cela n'est pas par son objet, par le contenu de ses actes et par les problèmes juridiques qu'elle

Récemment, *Tezner*, Die deutschen Theorien d. Verw. R. Pfl., distingue toute une série de justices administratives. La véritable, c'est celle qui sert au droit individuel (p. 98) ; grâce à une certaine organisation, elle devient la justice administrative « dans le sens vrai, plein et essentiel du mot » (p. 99) ; et puis, il y a encore une justice « administrative » « dans le sens le plus strict du mot » (p. 113). Mais, à côté de tout cela, il existe, d'après lui, une autre justice administrative qui n'a pas pour objet la protection du droit individuel, et qui, par conséquent, ne devrait pas exister (p. 123) ; elle a été admise à raison de son utilité, malgré les « objections théoriques » qu'on pourrait faire. Comp sur ce système que l'auteur appelle une « orientation » : Arch f. öff. R., XVIII, p. 141 ss.

(15) Cela s'applique à tous les cas énumérés dans la loi Bav. du 8 août 1878, art. 10 ; *Krais*, Comment., p. 204. D'après la loi Prussienne sur la compétence § 58, une contestation sur l'entretien des routes suit la procédure suivante : l'autorité préposée à la voirie ordonne de réparer ; la personne, à la charge de qui la réparation doit se faire, fait opposition ; l'autorité statue par résolution ; cette résolution est portée devant la justice administrative contentieuse à la suite d'une demande formée par l'intéressé. Il y aura alors un jugement ; mais dans les deux actes antérieurs, il s'agissait au fond des mêmes droits individuels, du même ordre juridique et de la même « juridiction ».

résout ; c'est par les formes dans lesquelles elle les accomplit (16).

Quelles sont ces formes ? La question se complique dès qu'on y regarde de près. Le droit administratif emprunte à la justice civile beaucoup de ses formes. C'est très naturel, car cela répond à la nature même du *Rechtsstaat*. Mais ce n'est pas toujours une preuve qu'il y a justice administrative. Loin de là ! La forme caractéristique de la justice administrative ne doit pas se trouver en dehors d'elle ; elle doit toujours se rencontrer là où nous reconnaîtrons la justice administratice. Tel est le principe.

Considérées à ce point de vue, bien des choses, par lesquelles la justice administrative ressemblerait à la justice civile, devront tout de suite être écartées, parce qu'elles ne lui appartiennent pas toujours et qu'elles ne lui appartiennent pas à elle seule, parce qu'on les trouve également dans de simples actes administratifs.

C'est le propre du jugement civil d'être rendu par une autorité ayant des qualités juridiques spéciales : la *magistrature indépendante* forme, dans nos idées, la condition indispensable d'une justice civile. Dans la justice administrative nous trouvons le pendant : notre législation a organisé des tribunaux administratifs auxquels elle a accordé, avec l'intention d'imiter les tribunaux civils, une indépendance identique (17). Mais il y a d'autres autorités administratives qui jouissent d'une situation pareille ; ce sont surtout

(16) On cherche aussi à relever une différence dans l'intention, le but, l'intérêt, qui seraient poursuivis ici par l'Etat : *Bernatzik*, Rechtskraft, p 63 ; *v. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 73 ss.: *Laband*, édit. all., St. R., II, p. 345, 346 (IV, édit. française, p. 167, 198). Mais toutes ces choses ne signifient rien pour la doctrine du droit, tant qu'elles n'auront pas trouvé leur expression dans la forme juridique de l'acte.

(17) *V. Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 158 : « une juridiction organisée hierarchiquement et exercée par des organes indépendants » ; O. V. G.,

Digitized by Google

les autorités collégiales délibérantes (*Beschlussbehörden*), telles par exemple que la législation prussienne les a créées (comp. § 12, note 17 ci-dessus). Et cependant, leurs délibérations seront considérées par la loi comme le contraire de la justice administrative. D'un autre côté, il se peut qu'il y ait des autorités reconnues comme juges en matière administrative, et qui restent comprises dans le système hiérarchique ordinaire, sans qu'on ait eu le moindre souci de leur assurer une indépendance spéciale (18).

Il en est de même d'une autre particularité de la justice civile, que l'on a voulu considérer comme le trait essentiel de la justice administrative : *c'est la procédure strictement réglée par la loi.* Mais il est facile de voir que, pour bien des autorités de l'administration active, la procédure à suivre a été également fixée par des règles de droit, sans que, pour cela, le caractère de jugement soit attribué à leurs actes. Cela s'applique surtout aux autorités délibérantes du droit prussien dont la procédure légale ressemble tellement à celle des tribunaux que, extérieurement, il sera difficile de trouver une ligne de séparation. D'un autre côté, bien que la législation moderne ait fait beaucoup pour suivre sur ce point le modèle des tribunaux civils, il existe cependant encore des cas de justice administrative — cas incontestables — et qui cependant n'ont fait l'objet d'aucune disposition législative pour le règlement de leur procédure (19).

5 mai 1877 (Samml., I, p. 288). *Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 85 ; *Bornhak*, Preuss. St. R., II, p. 414.

(18) *Seydel*, Bayr. St. R., II, p. 420. En France, le ministre aussi a été pendant longtemps et est peut-être encore juge administratif : *Otto Mayer*, Theorie d. Franz. Verw. Rechts, p. 131.

(19) *V. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 719. O. V. G., 20 mai 1896 (Samml. I, p. 288) avait trouvé la nature même de la justice administrative dans une procédure contradictoire qui donne les plus grandes garanties possibles en vue d'une instruction et d'une décision convenable de l'affaire. D'après la loi Bav. du 8 août 1878, art. 31, al. 3, les sections

Que la justice administrative ait toujours à suivre, même en dehors d'une détermination légale, une procédure semblable à celle des tribunaux civils, cela n'est pas douteux (20). Mais il s'agit de bien comprendre le point caractéristique.

Dans la justice civile, le point de départ de tout ce qui se passe est l'acte par lequel le particulier provoque l'activité du juge, l'introduction de la demande. Cet acte a ceci de particulier qu'il oblige le juge, vis-à-vis du demandeur, à donner suite à cette impulsion; c'est ce qu'on appelle le *droit du demandeur* (*Klagerecht*). Il y a également dans la justice administrative ce droit du demandeur, en vertu duquel l'instance est introduite; on a cru trouver là son signe caractéristique. Mais un droit analogue — le droit de mettre en mouvement l'autorité administrative pour la protection des intérêts individuels en souffrance — se rencontre aussi en dehors de la justice administrative : nous venons de parler du droit de recours (§ 12 ci-dessus). D'un autre côté, la justice administrative ne débute pas toujours par la demande d'un particulier intéressé ; elle procéde aussi d'office, ou — ce qui n'en diffère pas essentiellement — sur la réquisition d'un représentant de l'intérêt public; la justice criminelle lui sert alors de modèle, et le rapport entre la puissance publique et le sujet s'exprime plu-

des autorités provinciales (*Kreisregierungen*), formées pour décider sur les affaires contentieuses, doivent statuer en même temps sur les questions de libre appréciation qui surgissent. Cela se fait dans la procédure prescrite par la loi pour le contentieux administratif (*Kahr*, Comment. p. 227. *Seydel*, Bayr. St. R., II, p. 444) ; cependant, il va de soi que ces autorités « n'agissent pas alors comme tribunaux administratifs ». Toutes les conditions seraient réunies; mais la loi Bavaroise ne le veut pas, conformément à son principe touchant les affaires de libre appréciation.

(20) *Loening*, Verw. Recht, p. 821 note 1 ; *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 63 et 64 fait résulter la nécessité d'une procédure d'une « conception » attachée d'une manière inséparable à la justice administrative.

Digitized by Google

tôt par le droit de défense que possède ce dernier (21).

Il faudrait donc, pour comprendre tous ces faits, chercher une base plus large où le droit du demandeur et le droit du défendeur trouveraient tous les deux leur place. On a pensé à cette maxime de justice si souvent répétée, d'après laquelle aucune sentence ne doit être rendue sans avoir *préalablement entendu les intéressés* (22). Mais encore ici il faut préciser. Le droit de recours n'implique-t-il pas aussi un droit du plaignant d'être entendu avant qu'on ne statue sur son affaire? De plus, la loi prescrit, pour toutes sortes d'actes administratifs, permissions, autorisations de travaux, établissements de plans d'alignement, etc., l'audition des intéressés ou même l'ouverture d'une enquête afin que les particuliers intéressés puissent présenter leurs observations ; c'est une formalité essentielle pour la validité de l'acte. Et cependant, l'acte ainsi accompli ne devient pas pour cela un jugement (23).

(21) Loi prussienne sur la compét., § 3, chiff. 4 (destitution d'un fonctionnaire) ; §§ 119 et 120 (suppression d'établissements industriels). Comp., *Mueller*, die Begriffe der Verwaltungs Pfl. u. d. Verw. streitverfahrens, p. 35 et 36. *Loening*, V. R., p. 797 : la justice administrative n'a lieu que sur la demande du sujet lésé ; p. 800 : mais il y a des cas, où elle ressemble plutôt à la justice criminelle, le jugement étant provoqué par la réquisition d'une autorité administrative.

(22) On parle d'un « droit à l'audition légale » (*Anspruch auf rechtliches Gehör*). Cette maxime fondamentale de la justice sert quelquefois à distinguer le contentieux administratif de l'administration pure. Comme nous l'avons vu, il se peut qu'une autorité administrative ordinaire soit en même temps tribunal administratif et qu'il n'y ait pas de règles expresses pour fixer sa procédure. Pour savoir alors si, dans un cas donné, elle a agi comme juge ou comme administrateur, on recherche simplement si les intéressés ont été entendus préalablement ou non. Bl. f. adm. Pr. 22, p. 408 ; Verw. Ger. Hof, 16 janv. 1880 (Samml., I, p. 102) ; 1er février 1881 (Samml., II, p. 568) ; 26 avril 1881 (Samml., II, p. 710) ; 7 mai 1883 (Samml., IV, p. 489). Dans ces cas, on suppose que le fait d'avoir entendu les intéressés a toujours cette signification spéciale et caractéristique pour la justice administrative dont nous parlerons ci-dessus. Il en était de même en droit français en ce qui concerne la juridiction du ministre : *Otto Mayer*, Theorie d. Franz. Verw. Rechts, p. 133 ss.

(23) *Krais*, Handb., I, p. 63 ; *Seydel*, Bayr. St. R., II, p. 394 ; V. G. H.,

Digitized by Google

C'est que, évidemment, l'audition des intéressés, dans la justice civile, n'est pas seulement une *formalité* à remplir; les intéressés ne se bornent pas à *mettre* l'autorité *en mouvement* pour s'occuper de leur affaire. D'après la nature même de la justice civile, les particuliers qui sont admis en justice doivent avoir une *influence juridique plus forte et plus directe sur le contenu de l'acte à accomplir*. Afin de les distinguer d'après ce rôle caractéristique qui n'apparaît dans aucune autre procédure, les particuliers intéressés dans la justice s'appellent *parties en cause*, *parties judiciaires*. Leur influence juridique sur la marche du tribunal, c'est le *droit de partie* (*Parteirecht*) (24). Nous venons de dire : « dans aucune autre procédure » ; mais cela comporte une exception très importante, une exception en faveur de la justice administrative. On est d'accord pour reconnaître à la justice administrative des parties et des droits de parties. Il serait assez étonnant que ces termes techniques ne fussent pas accompagnés ici des mêmes idées juridiques. Mais alors le droit de partie doit être quelque chose de spécial à la justice administrative, quelque chose qui se retrouve partout où il y a justice administrative et qui ne se trouve jamais en dehors d'elle, dans la simple administration active. C'est le signe caractéristique que nous cherchons (25).

12 oct. 1870 (Samml., II, p. 94). *Mueller*, Begriffe d. V. R. Pfl., p. 34 et 35 cite deux exemples où, d'après le droit prussien, les intéressés ont le droit d'être entendus, sans que les règles ordinaires du contentieux administratif soient applicables : la révocation de l'autorisation d'un établissement d'instruction privée, l'autorisation et la suppression d'établissements industriels. Il parle ici de justice administrative « embryonnaire » et de justice administrative « restreinte ». Mais pourquoi parler ici de justice administrative ? Il nous semble que, dans ces cas, la loi, en ordonnant que les intéressés seront entendus, n'a évidemment pas voulu dire que cela soit dans la forme de la justice administrative.

(24) *Merkel*, Encyclopédie, § 770 ; *Wach*, C. Pr., I, p. 518 ss. ; *Brusen*, dans Zeitschrift, f. D. C. Pr., XXVI, p. 197 ss.

(25) *O. Mueller*, Begriffe d. V. R. Pfl., p. 30 : « Le contentieux admi-

Il y a encore autre chose. Les jugements des tribunaux civils ont une qualité qui leur est propre : c'est la capacité de passer en *force de chose jugée*. Le jugement acquiert cette autorité lorsque le délai d'appel est expiré, lorsqu'on y a renoncé, ou même tout de suite, lorsque le jugement est rendu en dernier ressort. La force de la chose jugée existe-t-elle aussi pour les jugements administratifs? On ne saurait le contester. A quelques rares exceptions près, la doctrine et la jurisprudence semblent être unanimes pour l'admettre (26). S'il y a controverse, c'est plutôt sur la question de savoir ce que signifie cette force de chose jugée et quel est son effet. C'est une question très discutée pour la justice civile et qui naturellement devient encore plus difficile lorsque l'institution est transportée dans la sphère de la justice administrative ; nous y reviendrons au § 15 ci-dessous. Cette autorité de la chose jugée, en même temps, ne se rencontre dans aucun autre acte administratif accompli en dehors de la justice administrative. On se sert aussi, il est vrai, des termes « force de la chose jugée » (27), pour dire qu'un

nistratif est une procédure administrative dans laquelle des parties sont admises avec le droit d'être entendues dans un débat civil ». Qu'il y ait *débat oral*, cela n'est pas indispensable ; *Mueller* n'a en vue que le droit positif prussien.

(26) *G. Meyer*, V. R., I, p. 65 : *Loening*, V. R., p. 245 note 2 ; *v. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 733 ; *Boesler*, dans Grünh. Ztschft, IV, p. 268 ; *Seydel*, Bayr. St. R., II, p. 393 ; *Schmitt*, Grundl. d. V. R. Pfl., p. 128 : *Laband*, St. R. éd. all., I, p. 397 (éd. française, II. p. 91) ; *Bornhak*, Preuss. St. R., II, p. 439 ; *O. Mueller*, Begriffe d. V. R. Pfl., p. 190 ; *Schultzenstein*, Gutachten f. XVVI. Deutsch. Jurist. Tag, p. 86 ss. Loi de la Saxe royale du 19 juillet 1900 § 61 et les motifs concernant ce paragraphe dans Landtagsakte 1899-1900.

(27) *Loening*, dans Verw. Arch., VII, pp. 27, 30, 31, 33 semble n'attribuer à la chose jugée que la valeur de « fixer d'autorité un rapport juridique ». Mais c'est la force de l'acte administratif simple. Il expose même (p. 34) que, sans la force de la chose jugée, un acte qui constate une obligation n'aurait aucune valeur juridique. Ici, la confusion est manifeste : à d'autres endroits, il est vrai, il ajoute que la fixation du rapport juridique par la chose jugée est « définitive » (pp. 36, 49, etc.). Cela, c'est plus que la force de l'acte administratif simple, mais il n'est pas aisé de discuter sur les notions chancelantes de cet auteur.

acte d'autorité est entré en vigueur pour produire son effet; ou qu'il est devenu exécutoire (28); ou même qu'il n'y a pas de moyen de droit pour l'attaquer (29). Tout cela, naturellement, se rencontrera aussi dans de simples actes administratifs. La force de chose jugée propre aux jugements des tribunaux ordinaires est une qualité spéciale de ces actes, qui vient de la procédure dont ils sont le produit (30). C'est de cette même force qu'il est question lorsque l'on parle de la chose jugée en matière de justice administrative. Cette force de chose jugée, dans toute la sphère de l'administration, appartient aux jugements administratifs seuls.

Nous avons donc dans la force de la chose jugée un second signe caractéristique, à côté du droit de partie.

La justice administrative, dirons-nous, *est l'activité en vue d'accomplir un acte administratif avec admission des intéressés comme parties et avec cet effet que l'acte soit susceptible d'entrer en force de chose jugée, — tout cela dans le sens de la procédure civile.*

III. — Nous ne quitterons pas ce sujet sans avoir fait

(28) *Kloeppel*, Einrede der Rechtskraft, p. 4 ; *Parey*, Preuss. V. R., I, p. 230.

(29) *Bernatzik*, p. 127 ss ; *Seydel*, Bayr St. R., II, p. 504 ; O. V. G., 5 oct. 1885 (Samml. 12, p. 369). En Autriche, on se sert aussi des mots : « chose jugée » pour dire qu'un acte administratif est lié par le droit individuel qu'il a créé : *Ulbrich*, Oestr. St. R., p. 438 (p. 449, il revient au véritable sens); Osterreich. Verw. Ger. Hof., 8 oct. 1879 (Budwinsky, n. 2281) ; 5 déc. 1883 (Budwinsky, n. 2316).

(30) Sur cette qualité spéciale de l'acte, à savoir qu'il lie l'autorité qui l'a fait, comp. Bl. f. adm. Pr. 1876, p. 139 ss.; *Schanze*, Ztschft. Stf. R. W., IV, p. 459. R. G., 2 juin 1881 (*Reger*, II, p. 77): l'ordonnance pénale, du juge cantonal acquiert, après l'expiration du délai d'opposition, la force d'un jugement passé en chose jugée ; mais cela ne rend pas applicable le principe *non bis in idem* contre une poursuite ultérieure ; car cette assimilation à un jugement passé en force de chose jugée concerne seulement la question des moyens de droit et de l'exécution, « mais non cet effet spécial du jugement, qui a son fondement dans la procédure contradictoire qui l'a précédé ». Ce dernier effet constitue la véritable force de la chose jugée.

Digitized by Google

ressortir en quelques mots, la concordance parfaite de cette méthode de la justice administrative avec les réalités du droit positif et avec les exigences de la théorie. Il en résultera également une concordance intérieure assez frappante des deux éléments que nous venons de réunir dans notre définition.

La justice administrative ainsi comprise se présente comme une *forme particulière* dans laquelle un acte administratif peut être accompli ; l'observation de cette forme donne à cet acte une autorité et une stabilité spéciales.

Tout cela est, par sa nature, indépendant du contenu de l'acte, de la matière du rapport qu'il s'agit de fixer. Surtout, il importe peu qu'il s'agisse de formuler une décision ou une disposition administrative. La loi peut appliquer cette forme à l'une comme à l'autre ; c'est d'ailleurs ce qui se fait dans notre droit positif. Nous n'avons pas besoin de distinguer une justice administrative véritable et régulière et une justice administrative irrégulière, formelle, impropre et qui ne devrait pas être. Tout est justice administrative au même titre.

Le *droit de justice*, qui est de l'essence de la justice administrative, est emprunté à la procédure civile : toute la justice administrative s'inspire de cette imitation ; l'histoire de son développement le prouve. Ainsi, ce droit est, pour nous, tout simplement le même que dans la procédure civile. Le tribunal est à la disposition des parties pour agir selon les conclusions de celles-ci, non pas dans le sens qu'elles aimeraient voir donner à cette action, mais dans les limites qu'elles lui tracent. Le tribunal jugera d'après la loi et l'intérêt public ; mais il n'ira pas *ultra petita* ; il est limité aux questions et aux côtés de questions, qu'on lui soumet ; dans cette sphère même, il ne peut pas accorder plus que la partie n'a demandé. Il ne peut

Digitized by

pas s'abstenir ; il faut qu'il aille sur le terrain que la partie lui prépare ; celle-ci, en effet, a droit à une réponse (31). Il est très important de se rendre compte de la différence qui existe entre le droit de recours et le droit de partie. Par le droit de recours, l'acte attaqué est soumis au nouvel examen de l'autorité supérieure, et celle-ci est tenue de statuer, en répondant aux griefs que le plaignant expose. Mais elle n'est pas obligée de s'en tenir là ; à la suite du recours, elle est devenue maîtresse de l'acte qui lui a été déféré, tout comme l'autorité inférieure dont émane l'acte (32). Le droit du demandeur et du défendeur,

(31) La procédure administrative se distingue de la procédure civile en ce que cette dernière s'en tient strictement aux principes de la procédure « accusatoire », tandis que la justice administrative se rattache plutôt au type de la procédure « inquisitoriale » : *O. Mueller*, Begriffe d. V. R. Pfl., p. 170 ss. Mais cette inquisition ne s'applique qu'à la recherche de la vérité, laquelle n'est pas restreinte aux offres de preuve que la partie peut faire : *O. Mueller*, loc. cit., p. 180 ; *Seydel*, Bayr. St. R., I, p. 620 ; Rechtspr. d. Bad. V. G. H. 1891, p. 11, 12 ; Prusse, L. V. G., § 76 ; Saxe, L. du 19 juillet 1900, § 51. Au fond, le tribunal est lié par les conclusions de la partie, en ce sens qu'il ne peut pas lui adjuger plus ou autre chose que ce qu'elle a demandé. Les lois consacrent ce principe, elles laissent le juge libre pour la question de preuve ; elles le renvoient, pour la décision à rendre, au résultat des débats : Prusse, L. V. G., § 79 ; Saxe, L. du 19 juillet 1900, § 54 ; *Loening*, V. R., p. 822. *Seydel*, Bayr. St. R., I, p. 620 note, semble combattre la thèse de ce dernier par le motif que le tribunal peut, même sans être requis par les parties, faire valoir l'intérêt public. Mais il admet lui-même qu'il y aura exception au cas « où une partie en cause a restreint ses prétentions au-dessous de la mesure légale ». C'est là l'essentiel. Que l'intérêt public puisse être maintenu d'office, il n'y a là rien de contradictoire ; l'Etat qui représente cet intérêt n'est pas partie ; voir § 14 note 14 ci-dessus. Pour la maxime que le juge administratif ne doit pas aller *ultra petita* : O. V. G., 2 janvier 1877 (II, p. 376), 28 sept. 1878 (IV, p. 196) ; 9 oct. 1884 (XI, p. 14), 14 oct. 1894 (XXV, p. 357).

(32) Seule la *reformatio in pejus* est impossible ; cela est de la nature de tout moyen de droit : *Finsting*, dans V. Arch. IV, p. 502. La loi prussienne relative à l'impôt sur le revenu du 24 juin 1891 a réglé, dans ses §§ 40 ss., les moyens de droit pour attaquer une imposition ; c'est d'abord l' « appel » à une « commission d'appel », ensuite le « recours » au tribunal administratif supérieur. *Finsting*, dans l'article que nous venons de citer et dans son commentaire de la loi de 1891, a examiné la nature juridique de ces moyens ; cela lui a fourni l'occasion de tracer, d'une manière très heureuse et très péremptoire, la ligne séparative entre

Digitized by Google

au contraire, est une collaboration plus intime, plus complète : c'est un pouvoir sur l'exercice de la puissance publique, un droit individuel public dont l'intensité correspond à certains droits d'administration propre (33).

La justice administrative, pour être bien organisée, exige des *institutions tutélaires* : elles ont toutes pour but de garantir au droit de partie son exercice et son effet. La justice administrative a d'abord besoin d'une certaine procédure qui délimitera le terrain où ce droit pourra se faire valoir : il est très logique que les conditions dans lesquelles le droit produira son effet ne dépendent pas de l'appréciation de l'autorité. C'est

le recours administratif et la justice administrative. En effet, quoique la loi parle de l'application des règles de la procédure contentieuse (§ 49), et qu'il soit d'usage de donner à la décision du tribunal administratif supérieur la forme extérieure d'un jugement, il ne s'agit pas ici de justice administrative. Pour provoquer l'examen de l'instance supérieure, il suffit que l'imposé déclare, par son recours, son « mécontentement de l'acte accompli » et son intention d'obtenir une modification (V. Arch., p. 297 ; Comment., § 44, n. 8). L'autorité contrôle alors librement ; sans être tenue de suivre les dires et conclusions de l'intéressé, elle refait entièrement l'acte attaqué (V. Arch., IV, p. 298 ; Comment., § 43, n. 2 B). Elle est liée par la maxime qui défend la *reformatio in pejus*, mais elle peut aller *ultra petita* (V. Arch., IV, p. 302, 303 ; Comment., § 43, n. 6, A et B). Il n'y a pas de procédure ayant le caractère de celle de la juridiction civile (V. Arch., IV, p. 300 ; Comment., § 43, n. 2, et a). Enfin, « les intéressés n'y figurent pas comme *parties* ou *adversaires judiciaires* » (Verw. Arch., IV, p. 301) : « la loi ne connaît pas de *rôle de partie* dans cette procédure, parce qu'elle ne considère pas cette procédure comme du contentieux administratif, comme un procès au sens strict » (Comment., § 49, note 2, al. 7).

Nous ne voudrions cependant pas dire avec *Finsting*, Verw. Arch., p. 301, qu'il s'agit là d'un moyen de droit « ayant une nature tout à fait spéciale ». Il nous semble, que c'est un recours dans le sens de l'institution développée au § 12 ci-dessus.

(33) Cette ressemblance a été relevée par *Kloeppel*, Einrede der Rechtskraft, p. 86. Comp. aussi : *Otto Mayer*, Theorie d. franz. V. R., p. 22, où il est question de l'affinité de ces deux « droits de collaboration ». L'influence de ce droit de partie est si forte que presque toute notre littérature, nous l'avons vu (note 5 ci-dessus), insiste en quelque sorte instinctivement sur le droit individuel comme base de la justice administrative. Il s'agit là, comme dans toutes les grandes erreurs, d'une vérité déplacée ; en réalité, le droit individuel est essentiel pour la justice administrative, mais c'est pour sa forme et non pour son objet.

donc avec raison que l'on exige que les détails de cette procédure soient *réglés par des lois ou par des ordonnances.* En vertu de leur droit de partie, les intéressés fixent la mission du juge et cherchent à faire impression sur lui dans le but que la sentence rendue dans ces limites leur soit favorable. Tout leur effort serait rendu vain, si l'ordre d'un supérieur qui n'est pas soumis à cette influence pouvait prescrire au juge sa sentence. Il faut donc que le juge et les parties restent entre eux. Le *principe de l'indépendance* — qu'on proclame pour les tribunaux administratifs, aussi bien que pour les tribunaux civils — se justifie par la nature même de la justice (34).

Voilà ce qu'il y a de vrai dans la théorie qui voit dans ces deux institutions des éléments essentiels de la notion de justice administrative. Toutefois, il y a une exagération : sans ces institutions, la justice administrative pourrait être mal organisée, elle ne cesserait cependant pas d'exister. Ce sont pour elle des *naturalia*, ce ne sont pas des *essentialia*.

Ce qui est encore essentiel à la notion de justice administrative, c'est *la force de la chose jugée* ; tous ses jugements définitifs sont susceptibles de l'obtenir. Mais d'où leur vient cette force spéciale ? C'est, sans doute, de la volonté de la loi. Mais la loi en a fait l'apanage de la juridiction contentieuse ; or, juridiction contentieuse ne signifie pas autre chose que l'accomplissement d'un acte d'autorité, accomplissement

(34) *O. Mueller*, Begriffe d. V. R. Pfl., p. 114 : « Ce droit (d'être entendu) est, pour les parties, le moyen de fournir au juge des motifs pour sa décision ; mais à quoi serviraient les motifs si le juge était obligé de rendre sa décision d'après les ordres d'un supérieur » ? La récusation des juges pourrait peut-être aussi être considérée comme une conséquence du droit de partie ainsi compris. La récusation a ceci de commun avec tous ces accessoires de la justice administrative qu'elle ne lui appartient pas exclusivement ; on la retrouve aussi, par exception, dans l'administration ordinaire. Les membres des autorités délibérantes du droit prussien peuvent également à titre exceptionnel, être récusés, d'une manière plus restreinte, il est vrai, que lorsqu'il s'agit de véritables juges : loi pruss., 30 juillet 1883, § 115.

Digitized by Google

soumis au droit de justice. La loi n'a conféré de cette stabilité qu'aux actes qui résultent de la collaboration ainsi déterminée des particuliers intéressés (35). Au lieu de dire : la loi veut la force de chose jugée dans le cas où le droit de partie se manifeste, il sera donc permis de dire : d'après la volonté de la loi, le droit de partie donne force de chose jugée à l'acte qui a été accompli sous l'influence de ce droit. Le droit de partie est la source, le principe générateur de la force de chose jugée ; la force de chose jugée est l'effet du droit de partie et la preuve qu'il a fait son œuvre. Ce sont les deux faces d'une seule et même idée.

Ceci nous permet de simplifier la définition de la justice administrative que nous venons de donner ci-dessus. Nous pouvons l'exprimer de deux manières ; nous pouvons dire : la justice administrative est l'*accomplissement d'un acte administratif, les intéressés admis comme parties.* — alors la force de la chose jugée en découle naturellement ; ou bien : la justice administrative est l'accomplissement d'*un acte administratif susceptible de passer en force de chose jugée* — alors cela suppose toujours qu'un droit de partie a participé à cet acte.

(35) Et leur collaboration est la cause de cette stabilité : *Bülow*, dans Arch., f. civ. Pr., LXII, p. 93 note 92 : « C'est parce que, dans la procédure civile, le droit concret n'est élaboré que par les efforts des parties, que la force de la chose jugée doit être restreinte aux parties ». Le jugement étant ainsi en même temps l'œuvre des parties, « la chose jugée va de soi ». *Kloeppel*, Einrede der Rechtskraft, p. 86, fait également reposer la force de chose jugée sur la collaboration des parties par laquelle le droit concret est « mis au jour ». Cette collaboration est, pour lui, une participation à l'exercice de la puissance publique, elle ressemble à l'administration propre des communes (note 33 ci-dessus). Récemment encore, *Finsting*, dans Verw. Arch., IV, p. 311 : « Les effets de la *res judicata* sont la suite nécessaire de la forme de la procédure... la maxime *res judicata jus facit inter partes* ne peut pas s'appliquer là où il n'y a pas de parties dans le sens de la procédure civile ». *Loening*, dans Verw. Arch., VII, p. 15, prétend que *Bülow* a, dans son traité sur « la chose jugée absolue » dans Arch. f. civ. Pr., LXXXIII, p. 1 ss., rétracté les idées citées ci-dessus. C'est une erreur. Le droit des parties à la sentence, dont nous parlerons encore au § 15 ci-dessous, se concilie parfaitement avec la force absolue de la chose jugée.

Digitized by

§ 14.

Continuation. — Des matières contentieuses

Nous appelons *matières administratives contentieuses* les rapports juridiques qui devront être réglés dans la forme de la justice administrative. C'est la loi qui indique ces matières (1). Quelques législations se servent, dans ce but, d'une expression fixe (2). Pour le reste, c'est une question d'interprétation ; il faut rechercher quelle a été la volonté de la loi. En particulier, cela peut résulter de l'attribution d'une matière à un *tribunal administratif*, c'est-à-dire à une autorité spécialement constituée pour rendre la justice administrative.

Les matières contentieuses déterminées par la loi deviennent l'objet de la justice administrative de différentes manières :

1) Le contentieux civil, ainsi que le contentieux de la répression ordinaire, ont une étendue naturelle et fixée d'avance : dès que, en matière civile ou pénale, l'autorité doit prononcer ce qui est de droit, elle le fait

(1) Il faut une loi, parce que instituer une justice administrative, c'est créer un droit individuel (subjectif) public (comp. § 13, III, ci-dessus). Cela n'empêche pas que la loi, en prescrivant la justice administrative, adopte tacitement des affaires contentieuses reconnues dans l'usage préexistant. L'*acte du contentieux* du droit français peut servir d'exemple : *Otto Mayer*, Theorie der franz. Verw. R., p. 103.

(2) La loi prussienne sur la compétence, du 1er août 1883, se sert, de préférence, de l'expression : « l'autorité décide », pour désigner le jugement administratif. La loi sur l'administration générale, du 30 juillet 1883, § 54, al. 2, détermine les différentes expressions qui peuvent servir à ce but ; en dehors de ces expressions, il n'y a pas de justice administrative (*loc. cit.*, al. 3). — La loi Bavaroise, pour désigner le contentieux administratif, se sert du mot « affaire de droit administrative » (*Verwaltungsrechtssache*).

dans la forme de la justice. Dans la sphère de l'administration, au contraire, pour atteindre ce but, il n'y a, originairement et selon la nature des choses, que le simple acte administratif ; cet acte constitue la règle ; la loi fait simplement un choix de certaines affaires, qui, au lieu d'être réglées par l'acte administratif, devront être terminées dans la forme de la justice administrative.

La loi peut faire ce choix en désignant les matières administratives contentieuses par des qualités *générales*. Ces signes distinctifs sont alors tirés de la nature juridique du rapport à régler ; on les choisit de préférence de manière que l'acte à accomplir ait la nature d'une décision, d'un acte de juridiction (3).

Mais les affaires attribuées à la justice administrative peuvent aussi être désignées d'après le *contenu spécial* du rapport. La justice administrative reçoit alors compétence non pas en vertu d'un principe général, mais par une énumération de différents objets (4). Peut-être donne-t-on encore la préférence à des cas de juridiction ; mais on y trouve plus facilement des cas de libre appréciation.

Il n'y a pas d'opposition fondamentale entre ces deux manières de procéder ; l'une et l'autre ne constituent qu'un choix. Nos législations en font un usage simultané : c'est tantôt l'une, tantôt l'autre méthode qui est préférée et suivie comme principe ; mais celle qui n'est pas adoptée se trouve néanmoins appliquée dans certains cas (5).

(3) Ce n'est qu'une préférence de fait. L'idée, d'après laquelle le droit de partie ne serait qu'une émanation d'un droit matériel (*v. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 55, ss.), fausse déjà pour la justice civile (*Wach*, Feststellungsausspruch, p. 22, ss.), est tout à fait inadmissible pour la justice administrative. Ces deux espèces de droits sont indépendants l'un de l'autre.

(4) On parle ici de méthode d'énumération, de taxation ou de fixation.

(5) Le droit prussien donne une énumération spéciale ; mais il ajoute la demande en annulation dirigée contre des dispositions de police,

Digitized by Google

La différence qui existe avec la justice civile, et qui se manifeste dans le choix des affaires de sa compétence, entraîne une autre particularité de la justice administrative : les matières qui lui appartiennent sont ou d'un contentieux *originaire* ou d'un contentieux *subséquent* (6).

La matière est du *contentieux originaire*, lorsque le rapport qui doit recevoir une détermination d'autorité reçoit cette détermination dans la forme de la justice. Il en est partout ainsi dans les matières qui appartiennent à la justice civile ou criminelle. Les matières administratives contentieuses *peuvent* être réglées de la même manière. Mais, pour elles, une autre combinaison est possible. A côté du jugement, il y a la détermination d'autorité par le simple acte administratif ; la ligne de démarcation qui les sépare peut être tracée entre la première instance et la seconde. L'autorité commence par prononcer ce qui doit être de droit, sans forme spéciale ; c'est seulement dans le cas où les intéressés n'acquiescent pas, que l'affaire est, sur leur demande, soumise à un nouvel examen, cette fois dans la forme de la justice administrative. L'affaire devient contentieuse après-coup ; c'est le *contentieux subséquent*.

La justice civile et la justice criminelle n'en donnent pas de modèle. Les ordonnances de payer et les

laquelle est d'une nature générale (L. V. G., § 127). Le droit Bavarois complique son énumération avec la règle générale que toutes ces affaires n'appartiennent à la justice administrative qu'en tant qu'elles soulèvent des questions d'application du droit. Le droit wurttembergeois, le droit autrichien, le droit français, au contraire, partent d'un principe général qui sert à déterminer les matières qui appartiennent à la justice administrative, mais ils ajoutent des affaires spéciales qui seront en outre attribuées à la justice administrative (Loi wurtemb., 16 décembre 1876, art. 10 ; *Ulbrich*, Oestr. St. R., p. 449, ss. ; *Otto Mayer*, Theorie der franz. V. R., p. 110. — Dans la Saxe, loi du 19 juillet 1900, la justice administrative n'a que des attributions spéciales.

(6) En France, on s'est servi parfois des termes : contentieux *à priori* et *à posteriori*. *Serrigny*, Compétence, I, p. 427.

ordonnances pénales auxquelles on pourrait songer ne sont que des actes provisoires, des tentatives de terminer l'affaire sommairement. Le commandement disparaît dès que l'opposition est formée (7). Notre acte administratif, au contraire, représente la procédure ordinaire; il a, vis-à-vis de la justice subséquente, la valeur d'un jugement de première instance. Il n'est pas, sur le moyen de droit, comme nul et non avenu; il est contrôlé, confirmé, annulé ou modifié (8).

La situation devient surtout claire, quand le contrôle de la justice se limite à certains points, par exemple à la question de droit; la justice subséquente a alors, en même temps, le caractère d'une justice restreinte dans le sens que nous allons développer au n° 3 ci-dessous. Cela donne ce qu'on appelle le *contrôle en droit* (Rechtskontrole) : ce contrôle suppose, par sa nature, que, pour la détermination des cas, les autorités se cantonnent dans l'acte attaqué (9).

(7) C. Pr. civile, § 695; Code de Procédure pénale, § 451. — Dans la procédure de la justice administrative, nous trouvons également des ordonnances provisoires. D'après la loi prussienne sur l'adm. gén. du 30 juillet 1883, § 64, § 67, la demande peut être rejetée provisoirement par rescrit (*Bescheid*); sur la déclaration du demandeur qu'il requiert le débat oral, ce rescrit disparaît; *Stier-Soculo*, Comment., p. 95, n. 2 : « le rescrit perd tout effet juridique ». *Müller*, Begriffe d. V. R. Pfl., p. 183, reproche à cette institution d'être contraire à la règle commune à toutes les juridictions de ne pas aller *ultra petita*. C'est vrai; mais il ne s'agit pas de justice ordinaire; il s'agit d'une mesure provisoire qui ne devient définitive que par l'acquiescement de la partie. Du reste, dans l'administration comme dans la justice civile, le provisoire n'est que l'exception : le jugement administratif comme l'acte administratif sont présumés vouloir être définitifs.

(8) La loi d'Empire du 31 mars 1873, § 134, ss., permet de condamner, par décision de l'autorité supérieure, un fonctionnaire responsable d'un déficit de caisse. Contre cette décision, la voie de droit est ouverte devant le tribunal civil qui statue alors comme un tribunal d'appel : *Oppenhoff*, Ress. verb., p. 436, note 22, *Kanngiesser*, Comment., p. 229, ss.; Reichsgesetz, 5 février 1885 (Samml, XII, p. 143). La justice administrative contrôlant un acte d'administration suit le même type.

(9) Quelquefois, on insiste trop sur cette fonction de la justice administrative, comme s'il était de son essence de servir de contrôle en droit. Dans ce sens, *Gneist*, Rechtsstaat, p. 273, ss.; *Loening*, Verw., R., p. 797; surtout *Bornhak*, Preuss. St. R. II, p. 417 : « La justice administrative consiste essentiellement dans le contrôle des actes des

2) Il est de l'essence de la justice qu'il y ait une *partie*. Nous entendons par là la personne dont le rapport doit être déterminé par le jugement à rendre et pour laquelle seule l'autorité de la chose jugée produit son effet (10). Il suffit que le juge ait devant lui *une* seule personne dans cette situation ; tel est le cas dans la procédure criminelle (11). S'il y a plusieurs personnes dans la même situation, intéressées toutes *dans le même sens*, plusieurs accusés par exemple devant le tribunal criminel, cela ne fait pas de différence.

Mais il se peut aussi qu'il y ait *plusieurs* parties avec des intérêts *opposés*, de sorte que chacune d'elles soit placée à la fois vis-à-vis de la puissance publique de laquelle elle reçoit son droit, et vis-à-vis de la partie adverse contre laquelle elle veut obtenir son droit ; tel est le cas dans la procédure civile.

Il en résulte, chaque fois, une différence fondamentale dans toute la situation juridique ; les conditions et les effets de la justice ne seront pas les mêmes. Nous distinguerons les deux espèces que nous venons de distinguer par les expressions suivantes : *justice à partie simple ou uniforme* et *justice à parties opposées*.

Dans la procédure qui conduit au jugement, chaque partie a sa place déterminée et son influence réglée ; nous appelons cela le *rôle de partie* ; la partie

autorités ». C'est une combinaison de deux erreurs : tout d'abord, il y a aussi une justice originaire ; en outre, toute justice subséquente n'est pas restreinte au point de droit.

(10) *Wach*, C. Pr. R., I, p. 518.

(11) *Loening*, dans Verw. Arch., VII, p. 12, se croit autorisé à me reprocher un manque de logique, parce que j'appelle *partie* la personne dont le rapport doit être déterminé par le jugement, et que je reconnais cependant que, dans un rapport juridique, il doit y avoir deux personnes. Mais si l'on se rappelle qu'en règle, dans les rapports juridiques de droit public, l'une de ces personnes est l'Etat lui-même qui détermine ce rapport comme juge — ce qui n'exige pas du tout qu'il soit en même temps partie — on voit qu'avec un peu de réflexion on peut sortir du dilemme. Du reste, *Loening* lui-même n'obtient ses deux parties obligatoires qu'au moyen d'une grande confusion. Comp. note 12 ci-dessous.

Digitized by Google

qui remplit ce rôle est la *partie au procès* ; les droits qu'elle aura à y exercer sont ses *droits de participation au procès* (12). Quand la procédure est légalement organisée de manière à admettre des rôles de partie opposés, nous disons qu'il y a justice à *procès contradictoire* ; quand, au contraire, on ne prévoit qu'*une* sorte de rôle de partie, c'est de la justice à procès sans contradicteur; n'ayant pas d'adversaire, la partie ne parle qu'au tribunal.

Il ne peut y avoir de partie sans rôle de partie correspondant ; sans cela, la partie serait muette. Donc, toute justice à parties opposées est aussi ordonnée comme une justice à procès contradictoire. Mais il ne s'ensuit pas que toute justice à partie simple doive également ne prévoir qu'une seule espèce de rôle de partie ; la procédure peut, dans ce cas, prendre la forme contradictoire. On considère, en effet, comme une garantie spéciale pour la justesse du résultat, que le juge ne subisse pas d'influence que d'un seul côté, vers lequel il serait peut-être alors tenté de diriger ses sympathies ; il faut qu'il soit maintenu en équilibre par une influence contraire qui fasse valoir l'autre côté de l'affaire. Ainsi, le ministère public a été placé en face de l'accusé ; il joue le rôle de partie de procès avec tous les droits de participation au procès, sans que, pour cela, la justice criminelle cesse d'être une justice à partie simple : au fond, il n'y a pas de partie adverse à l'accusé. Donc, l'organisation d'une procédure contradictoire ne prouve pas qu'il y ait vraiment justice à parties opposées. L'importance pratique de cette question apparaîtra quand nous parlerons de la chose jugée (§ 15 ci-dessous).

(12) *Wach*, loc. cit., p. 533. *Wach* parle des rôles de demandeur et de défendeur, tous les deux essentiels pour la procédure civile. C'est parce que la procédure administrative ne prévoit pas nécessairement ces deux rôles, qu'il nous faut rester dans la notion générale du rôle de partie.

La justice administrative, en général, se présente comme une procédure contradictoire. Il y a des cas où deux particuliers se rencontrent comme parties de procès à intérêts opposés ; ce sont les *litiges de parties de droit public* ou *affaires de parties de droit public*, comme on les appelle, ou, selon l'expression plus ancienne, les *affaires administratives contentieuses*. Mais ailleurs encore, le législateur a pris très souvent le soin de donner à la procédure une forme contradictoire : un représentant de l'intérêt public doit faire face à la partie privée ; des procureurs du roi, des commissaires du gouvernement spéciaux seront commis ; ou bien l'autorité administrative dont l'acte est attaqué est appelée à défendre cet acte.

Mais, en dépit de cette conformité extérieure, la question se posera de savoir s'il s'agit vraiment de parties opposées, ou s'il s'agit seulement de rôles de partie différents, la véritable partie ne se trouvant que d'un côté. On s'est donné beaucoup de mal pour effacer toute distinction à cet égard. On peut y arriver en *écartant*, par principe, l'idée de partie dans la justice administrative. L'autorité alors ne serait pas partie ; elle ne jouerait que le rôle de ministère public dans la procédure criminelle ; il en serait de même pour la personne privée ; pour l'autorité et pour la personne privée, il ne s'agirait que de la « distribution formelle des rôles de partie » dans le but de rendre possible une procédure contradictoire réglée. Par conséquent, la situation serait la même quand les deux rôles sont remplis par des personnes privées. De cette manière, on rend impossible une diversité de justice à partie uniforme et à parties opposées (13). Mais on n'arrive

(13) Cette opinion est exposée dans toute sa rigueur par *Gneist*, Rechtsstaat; p. 275 : « Aucune différence matérielle n'existe entre les deux cas ». Puisque, dans la justice administrative, il n'y a pas de partie, il n'y a pas non plus de chose jugée (p. 276). Dans d'autres

à ce résultat qu'en sacrifiant la vérité. On ne peut pas, en effet, faire aussi facilement abstraction du fait que ces personnes privées sont autre chose que des procureurs du roi qui se disputent ; elles veulent obtenir quelque chose pour elles-mêmes ; elles sont les sujets pour lesquels le jugement va produire son effet et passer en force de chose jugée.

On peut aussi arriver à l'uniformité par la voie contraire, en constatant partout la présence de deux parties véritables qui se trouvent en opposition, aussi bien dans le cas où il n'y a qu'une seule personne privée, que dans celui où il y en a deux plaidant l'une contre l'autre. Où est, dans le premier cas, la partie adverse ? C'est là une question sur laquelle on n'est pas d'accord. On dit tantôt que c'est l'autorité, l' « organe administratif », et tantôt l'Etat.

De l'autorité, il n'en peut être question ; c'est évidemment confondre la partie et celui qui joue le rôle de partie dans le procès (14).

occasions encore (p. e. dans les débats du XIIe congrès des juristes allemands, t. III, p. 239), Gneist s'est élevé contre la transplantation de ces notions « civilistiques ». Mais ce qui lui restera une fois qu'il aura réussi à éliminer tout ce qui « sent » le droit civil, ne ressemblera jamais à ce que nous appelons la justice administrative.

(14) *G. Meyer*, Verw. Recht, I, p. 51 : « La partie adverse peut être : « *a*) un sujet de droit individuel, comme une personne privée ou une collectivité communale ou une corporation publique ; *b*) un organe de l'administration ». Il explique cela, p. 61 : Dans les demandes en nullité et ce qui y ressemble, il s'agit d'affaires « dans lesquelles, d'un côté, une autorité publique est intéressée ». Cette autorité, en Prusse, Bade et Anhalt, a la situation « d'une partie du procès ». En Bavière et dans le Wurttemberg, au contraire, des affaires de ce genre « sont traitées dans la forme d'un recours administratif plutôt que dans celle d'un procès ». Est-ce à dire que, dans ce cas, le tribunal administratif ne fasse pas fonction de juge ? Evidemment non. Mais où sera alors la « partie adverse » ? *G. Meyer* parle tantôt de *partie*, tantôt de *partie du procès* ; quand il s'agit d'une autorité qui plaide, il pense plutôt à une *partie du procès* dans le sens que nous donnons à cette expression, c'est-à-dire d'un rôle de partie. Mais il ne distingue pas les deux choses qui sont si essentiellement différentes. Du reste, il n'est pas le seul ; d'autres auteurs s'embrouillent encore plus que lui dans cette confusion ; cela est vrai surtout de *Loening*, V. R., p. 817, ss. ; Verw. Arch. VII, p. 71.

L'opinion contraire qui se prononce pour l'Etat peut trouver un appui dans une manière de voir qui paraît être prépondérante dans le domaine de la procédure criminelle : d'après cette doctrine, le tribunal pénal statuerait entre deux parties : l'accusé d'une part, et l'Etat, représenté par le ministère public, de l'autre (15). Cela rapproche les choses de la situation qui nous est plus familière, celle qui se présente devant le tribunal civil.

Mais quoique, pour la procédure criminelle, cette opinion n'entraîne pas de contradictions bien graves, il n'y en a pas moins là une inexactitude. Le rapport entre l'Etat et l'accusé, à la suite de l'institution du

Cet auteur va même jusqu'à affirmer que, dans le contentieux administratif, la partie Etat ne peut jamais succomber (singulière partie !) Il prétend se tirer d'embarras en reconnaissant que la « notion de la partie est tout autre dans le contentieux administratif que dans la procédure civile ». Rejeter les notions du droit civil est toujours une chose très grave ; cela n'est permis qu'au profit d'idées propres au droit public, fortes et claires. *Loening* ne nous en donne pas.

La législation prussienne, par sa manière de s'exprimer, est pour quelque chose dans cette confusion. Sous l'influence des doctrines de *Gneist*, elle se montre, jusqu'à un certain point, indifferente à la notion de partie dans le sens strict ; par contre, — comme *Eccius*, dans Hartmann's Zeitschrift, III, p. 235 l'a fait justement remarquer, — elle a dépassé les intentions de *Gneist* dans la formation des rôles de partie ; elle leur a attribué une importance plus grande. Cela ne peut pas nous dispenser de rechercher si, derrière ces rôles, il y a une partie véritable. — Le rôle attribué à une certaine autorité sert spécialement à résoudre la question de savoir à qui incombe la charge des frais du procès. Dans la justice criminelle, la chose est simple : si c'est le ministère public qui succombe, l'accusé est indemnisé de ses frais par le « fisc de justice », c'est-à-dire par l'Etat. Dans l'administration, l'autorité qui plaide peut avoir derrière elle une autre caisse que celle de l'Etat ; si elle succombe, ces restitutions « sont à la charge de celui qui, d'après la loi, aura à supporter les frais généraux de l'autorité » (*v. Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 104, note 186 au § 107, L. V. G.), donc à la charge, par exemple, d'une collectivité communale. Comp. O. V. G., 8 décembre 1879 Cela prouve que l'autorité n'est pas partie ; mais cela ne prouve pas que la collectivité communale ait la qualité de partie, pas plus que l'Etat qui supporte les frais de la procédure criminelle.

(15) *Merkel*, Encyclopaedie, p. 794 ; *v. Kries*, Stf. Pr. R., p. 168 et 188 ; moins clairement, *Glaser*, Stf. Pr. R., I, p. 75, II, p. 143, 144.

Digitized by Google

ministère public, n'est pas devenu autre que ce qu'il était au temps de la procédure inquisitoriale. L'accusé n'est pas placé, à la fois, vis-à-vis de l'Etat comme tribunal, et vis-à-vis de l'Etat comme partie représentée par le ministère public. Tribunal et ministère public, chacun dans la sphère de sa compétence, forment ensemble la puissance publique à laquelle l'accusé à affaire. Il n'y a pas moyen d'attribuer à l'Etat la qualité juridique de partie.

Dans la justice administrative, la chose est encore plus facile à reconnaître (16). Le fonctionnaire qui fait face au procureur du roi s'appelle le « représentant de l'intérêt public », expression peu convenable pour désigner quelqu'un qui plaide la cause d'une partie. La manière dont ce fonctionnaire reçoit sa commission peut déjà suffisamment démontrer qu'il n'a personne à représenter, qu'il a seulement à remplir, dans la procédure, le rôle correspondant à celui d'une partie (17). Mais il y a des législations qui, attachant moins de valeur à un débat contradictoire, renoncent tout à fait à ce simulacre d'un procureur du roi. Et cependant, rien ne manque à cette justice administrative ; elle produit tous ses effets, absolument comme s'il y avait eu ce représentant de l'intérêt public qui ailleurs semble avoir tant d'importance. Ici, la chose est tout à fait claire. L'individu qui attaque une mesure administrative devant le tribunal administratif ou qui se défend contre un préjudice qui doit lui être porté dans la forme de la justice administrative, ne trouve en face de lui personne, si ce n'est le tribunal.

(16) Sur l'Etat comme partie dans la justice administrative, *Schmitt*. Grundl. d. V. R. Pfl., p. 124; *Loening*, V. R., p. 797, p. 817 ss. *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, p. 486 ss. — Contra : *Roesler* dans Grünh. Zeitschrift, IV, p. 326, 327, et surtout très exactement *v. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 712.

(17) L. V. G. (Prusse) § 74, al. 1 et 2 ; *v. Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 82 note 132 et 135; *Parey*, V. R., I, p. 113.

Digitized by Google

L'Etat, dans la procédure, n'est pas représenté comme partie, et il ne doit pas l'être ; il est représenté, il est vrai, par le tribunal ; mais le tribunal est le contraire d'un représentant de partie. Or, il y a bien des rôles de partie à remplir pour la forme, sans qu'il y ait de véritables parties. Mais peut-on imaginer une partie, pour laquelle il n'y ait pas un rôle de partie correspondant dans la procédure et qui n'y trouve pas de place pour se faire valoir ? Ce serait le cas de l'Etat considéré comme partie. En effet, on ne se sert ici de l'Etat que comme d'une partie fictive dont on croit avoir besoin pour retrouver l'économie schématique de la procédure civile (18).

Ceci, nous l'écarterons. Pour qu'il y ait justice, il faut qu'il y ait *partie* ; mais il ne faut pas des parties

(18) *v. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 712 partant du fait que, d'après le droit Württembergeois, pour le groupe le plus important des affaires administratives contentieuses, on ne voit pas de défendeur, en tire avec raison cette conséquence que « la loi ici ne connaît pas de défendeur comme partie ». Il renvoie (p. 713) à la justice administrative Bavaroise, où le même résultat doit se produire. *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, p. 481 confirme ce fait, mais l'explique d'une autre manière. Un procès, dit-il, suppose nécessairement des parties en contestation. « Les deux parties adverses peuvent être des parties de procès ; mais cela n'est pas nécessaire. La puissance publique, comme telle, renonce ordinairement... au rôle de partie dans le procès ». La distinction entre la partie et le simple rôle de partie est ici parfaite. Mais s'il est vrai qu'il y a des rôles de partie sans véritable partie, il ne serait pas exact de dire qu'il a des parties sans rôle de partie, c'est-à-dire sans qu'il y ait pour elles une place prévue dans le procès, qu'elles remplissent ou non ce rôle. La partie comprise dans le procès peut renoncer à remplir son rôle ; elle reste alors partie et exerce son influence sur le jugement à rendre par son inertie même (*Bülow*, dans Arch. f. civ. Pr., *LXII*, p. 90). L'abstention, dont *Seydel* parle ici, signifie, au contraire, que, pour cette justice, il n'y a pas, dans le procès, de rôle qu'elle puisse remplir ; le fait de son absence n'aura donc aucune influence sur le jugement. Mais une partie, dont l'absence dans le procès ne se fait pas sentir, n'est pas une partie. Et pourquoi l'Etat s'abstient-il ? D'après *Seydel*, ce serait pour ce motif que, dans le procès, l'Etat ne pourrait pas vouloir autre chose que ce que veut le tribunal, et que, dans les instances inférieures tout au moins, l'autorité qui fonctionne comme tribunal, est celle-là même qui, par son acte accompli au nom de la puissance publique, a occasionné le procès ; en somme, ce serait parce que l'Etat n'y est que trop bien représenté. Mais, au moyen de ce raisonnement, il deviendra possible de

Digitized by Google

opposées. C'est la loi qui confère la qualité de partie. Quand elle ordonne qu'il y aura justice administrative pour tel ou tel acte administratif, elle désigne par cela même comme partie le sujet pour lequel cet acte est accompli, le sujet dont le rapport avec la puissance publique est déterminé par cet acte. C'est donc la justice à partie simple qui, pour la justice administrative comme pour la justice criminelle, est le point de départ et la règle (19). L'admission de rôles de partie pour la forme de la procédure est sans influence.

Mais il peut y avoir de véritables parties opposées; dans la justice criminelle, nous avons comme exemple la partie civile. Dans la justice administrative, la chose peut se produire de différentes manières.

Il y a d'abord des actes administratifs qui trouvent déjà, dans leur objet, une pluralité d'intéressés ayant des prétentions opposées et entre lesquels il doit être statué ce qui sera de droit. L'exemple le plus éclatant nous est donné par les *charges publiques collectives* et par les rapports de droit public secondaires qui en résultent (comp. § 9, I, n. 2). Les contestations qui s'y rattachent sont, par leur nature, destinées à être réglées dans la forme de la justice. Ou bien elles sont rangées dans la sphère de la justice civile, ou bien la loi ordonne qu'il y a lieu à justice administrative. Cette justice devient alors nécessaire-

retrouver l'Etat dans tout procès civil comme partie secrète ne renonçant au rôle de partie que parce qu'il ne doit pas vouloir autre chose que ce que veut le tribunal, et parce que son intérêt dans l'affaire est suffisamment garanti par le tribunal.

(19) *V. Sarwey*, Oeff. R. u. V. R. Pfl., p. 113 ss., vis-à-vis des contestations de droit public entre particuliers, place, comme représentant seul une justice à partie uniforme, le recours en droit ou la demande administrative pour violation de la loi. Cela est vrai pour la loi Württembergeoise du 16 déc. 1876 art. 10 et art. 13. Mais *v. Sarwey* n'aurait pas dû généraliser sa législation nationale : la justice à partie uniforme, par cela même qu'elle est la règle, est beaucoup plus riche et beaucoup plus variée. Du reste, l'opinion de *v. Sarwey* est suivie par beaucoup d'auteurs qui n'ont pas la même excuse que lui.

ment une justice à parties opposées ; les parties litigantes se trouvent être données.

Mais, même en dehors d'un semblable fondement, la loi peut, pour un acte administratif à accomplir vis-à-vis d'une personne déterminée, prescrire une procédure dans laquelle on devra entendre les demandes et observations des personnes *intéressées dans l'affaire dans un sens opposé* ; elle peut donner à cette procédure la forme de la justice administrative, soit directement, soit dans une instance de contrôle. Alors tous les particuliers qui y seront admis deviennent des parties ; la justice revêt par là encore ce caractère bilatéral à double effet (20).

Ce sont les seuls cas possibles, dans lesquels il peut y avoir justice administrative à parties opposées. Dans l'un et l'autre de ces cas, l'Etat lui-même peut être intéressé comme un simple particulier, qu'il soit compris dans la charge collective ou qu'il doive prendre part à l'acte à accomplir en sa qualité de propriétaire d'un fonds voisin, etc., en un mot comme *fisc* soumis à la réaction de son propre ordre juridique (comp. § 2, III, n. 2 ci-dessus).

Il apparaîtra alors dans la procédure comme fisc et comme partie véritable, semblable à une partie privée ordinaire avec toutes les conséquences qui en résultent.

En dehors de ces cas, l'Etat n'est jamais partie dans la justice administrative (21).

(20) Nous en trouvons un exemple dans la justice administrative sur l'autorisation de certains établissements industriels, quand il y a opposition formée par des tiers : Gew. Ord., § 19 ss ; *Landmann*, Comment., I, p. 166 ss.

(21) *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, II, p. 482, ajoute encore les procès en matière de taxes et de droits de succession, qui se plaident devant les sections dites « de droit administratif » des chambres de finances des gouvernements de cercle. Ici, il y a ministère public pour représenter le Trésor, c'est-à-dire l'Etat. Il y a également un ministère public à la Cour administrative ; mais là, le ministère public ne doit pas repré-

3) Nous pouvons distinguer dans la sphère de la justice civile un contentieux de *pleine juridiction* et un contentieux de *juridiction restreinte*, selon l'étendue dans laquelle la justice saisit l'espèce. La règle est que la justice examine la situation entière qui lui a été soumise, au point de vue du fait comme au point de vue du droit ; elle prononce ensuite ce qui, dans ce rapport, doit être de droit entre les parties.

Exceptionnellement, la mission du juge est légalement restreinte à n'examiner, dans le rapport qui lui a été soumis, qu'un certain côté, et à ne rendre de sentence que sur ce point déterminé. Tel est le cas pour le moyen de la revision. On n'examine que l'application de la loi, il n'y a, dans le jugement, que l'appréciation juridique du cas (22).

senter la puissance publique comme partie intéressée à l'affaire ; il doit représenter l'intérêt public à une juridiction correcte et uniforme. Il sera plus exact de reconnaître que le but de ce ministère public n'est pas autre dans les chambres de finances des gouvernements. *Krais*, Comment. p. 242, 246. Il ne s'agit toujours que d'un rôle de partie. — Quand une affaire administrative est attribuée à la justice civile, l'Etat qui y est intéressé est toujours traité en partie véritable ; comp. § 16 ci-dessous.

(22) De cette appréciation la Cour tire, en même temps, cette conséquence qu'il faut annuler l'arrêt attaqué, si son appréciation était contraire à la sienne, et le confirmer, si elle y était conforme. On relève une différence essentielle entre la *revision* du droit allemand et la *cassation* du droit français. Comp. Motifs du projet de Code de Proc. Civil, p. 42 ss. : « La Cour de cassation est un organe de la puissance de l'Etat exerçant l'inspection suprême ; la Cour de revision est un tribunal faisant de la juridiction pour les parties ». Dans le même sens déjà, le projet Bavarois du Code de Pr. civile de 1869, p. 635. Les motifs du Code de Proc. civile de l'Empire exagèrent encore le contraste en affirmant que, à la Cour de cassation, l'annulation se fait exclusivement « dans l'intérêt public ». Mais on confond ici avec le recours formé par le ministère public *dans l'intérêt de la loi*. Le recours des parties, au contraire, suppose tout simplement *que ces parties ont intérêt à la cassation*. *Berriat-Saint-Prix*, Proc. civ., II, p. 473. Ce qu'il y a de vrai, c'est qu'originairement le recours en cassation n'avait d'autre effet que de faire annuler le jugement attaqué. L'affaire recommençant devant l'instance inférieure, cette dernière est libre de maintenir la solution des questions de droit qui a été désapprouvée par la Cour, et de rendre une sentence identique à la sentence annulée : *Merlin*, Répert. III, p. 193 (Convent. matr., § 2). Mais depuis

Digitized by Google

La même opposition existe dans la sphère de la justice administrative ; mais ici la juridiction légalement restreinte apparaît plus souvent et sous des formes plus variées.

Le contentieux de *pleine* juridiction se rencontre surtout dans les affaires de liquidation et autres contestations de droit public à parties opposées. Mais on en trouve des exemples aussi dans la justice administrative à partie uniforme. Il faut, en règle générale, partir du principe suivant : chaque fois que la loi a attribué une affaire à la justice administrative sans réserve, cette dernière aura à examiner et à fixer le rapport tout entier (23).

Il y aura contentieux à juridiction *restreinte* dans le cas où la loi attribue une affaire à la justice admi-

la loi du 1er avril 1837, cela a changé : l'appréciation du point de droit, faite par la Cour de cassation, devient obligatoire pour les instances inférieures, quand elle est renouvelée sur un second pourvoi. Depuis cette époque, on ne peut plus dire qu'il y a une différence fondamentale entre la revision et la cassation.

(23) Il ne faut pas considérer comme une réserve dans le sens ci-dessus exposé une prescription comme celle de la loi prussienne du 3 juillet 1875, § 1, sur la justice administrative et de la loi du 2 août 1880, § 1, concernant les modifications à y apporter : les tribunaux administratifs, est-il dit, ne doivent être compétents que « pour des contestations sur des droits et obligations dépendant du droit public ». C'était, comme *v. Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 179, l'a remarqué, une simple « directive », disons une opinion théorique que le législateur croit suivre, ce qui peut-être est encore une erreur. On a bien fait de laisser de côté cette phrase dans la législation postérieure.

Pleine compétence pour des contestations entre particuliers dans la loi badoise, 5 oct. 1863, § 5, dans la loi wurttembergeoise, 16 déc. 1876, art. 10, Saxe 30 janv. 1875, § 1. La loi prussienne sur la compétence accorde la pleine compétence tout aussi bien pour des affaires à partie uniforme (surtout celles qui concernent les permissions de police industrielle ; comp. § 114 ss) ; de même, la loi badoise, 14 juin 1884. La Saxe, loi du 11 juillet 1900, distingue très nettement. Le § 21 énumère d'abord les contestations entre particuliers à traiter avec pleine compétence ; le § 22 parle, entre autres choses, de la demande en nullité : ici, juridiction restreinte, avec partie uniforme ; le § 24 admet une justice subséquente sur demande et avec partie uniforme pour des affaires à désigner par ordonnance ; dans ce cas, les restrictions indiquées dans le § 76 n'ont pas lieu : il y aura donc juridiction de pleine compétence. Ces différentes formes de la justice administrative se trouvent ici prévues et clairement distinguées.

Digitized by Google

nistrative de manière à ce que l'on n'en examine qu'un certain côté. Dans ce but, la loi peut détacher, de l'ensemble du rapport, un point spécial (24), ou bien attribuer purement et simplement le rapport, mais poser en même temps le principe général que cette attribution doit chaque fois ne compter que pour un certain côté du rapport, ou ne pas compter pour un certain côté, par exemple pour des questions de libre appréciation (25). Dans ce cas, une affaire qui dépend entièrement d'une libre appréciation ne ressortira pas du tout au juge administratif ; quant aux affaires qui donnent matière à la fois à une décision et à une libre appréciation, il y aura une procédure mixte, la justice étant restreinte à la décision à prendre (26) ; dans les affaires, enfin, qui sont toutes de décision, il n'y aura pas de restriction imposée à la justice.

C'est surtout dans les *tribunaux administratifs suprêmes (Oberverwaltungsgerichte, Verwaltungsgerichtshofe)* que l'on rencontre le contentieux restreint.

Sous cette forme s'exerce un *contrôle centralisé* tant sur les tribunaux administratifs inférieurs, que sur les simples autorités administratives.

Cette Cour suprême peut être compétente vis-à-vis

(24) Exemple : loi badoise du 5 oct 1863, § 5, chiff. 10, où la justice administrative est admise sur la question des faits qui autorisent, d'après la loi, l'envoi d'une personne au dépôt de police, l'autorité restant libre de faire usage ou non de cette faculté.

(25) Exemple : loi bavaroise du 8 août 1878, qui énumère les affaires contentieuses avec la réserve générale de l'article 13 excluant les questions de libre appréciation. Les actes du contentieux, dans le droit français, écartent aussi la libre appréciation ; mais dès qu'il y a libre appréciation, l'acte *entier* cesse d'être acte du contentieux ; il ne peut devenir l'objet de la justice administrative qu'en vertu d'une attribution spéciale. La loi bavaroise, au contraire, admet, dans ce cas, un partage ; elle arrive ainsi à une justice administrative de compétence restreinte, inconnue au droit français.

(26) Il peut être utile que la même autorité statue cependant sur l'affaire entière ; alors, elle agit en une double qualité : comme simple autorité administrative et comme tribunal administratif. Dans ce sens, loi bavaroise sur la just. adm., art. 31 al. 3 ; *Kahr*, Comment., I, p. 182 ; *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, II, p. 444.

d'une juridiction de *première instance*, directement et à la place d'un tribunal inférieur. Elle peut fonctionner comme *Cour d'appel* vis-à-vis des tribunaux inférieurs, comme aussi vis-à-vis des simples autorités administratives (on aura alors un contentieux subséquent, comp. n. 1 ci-dessus) (27). Dans tous ces cas, la juridiction de la Cour suprême n'offre pas d'autres particularités.

Souvent aussi, une juridiction restreinte appartient à la Cour suprême à l'égard des jugements de tribunaux inférieurs, en tant qu'on ne peut y recourir que pour fausse application de la loi ou vice de forme. La *revision* de la procédure civile a servi de modèle ; l'on en a, pour l'essentiel, simplement adopté les principes (28).

Comme pendant de cette revision, laquelle est dirigée contre des jugements, s'est formée une espèce particulière de juridiction suprême, laquelle va permettre un contrôle analogue des simples actes administratifs. C'est à elle que l'on fait allusion quand on

(27) Preuss. L. V. G., § 42, § 83 ; Bade, loi de 1884, § 32 ; Württemberg, loi de 1876, art. 43 ; Saxe, loi du 19 juillet 1900, § 62. — En Bavière, la loi du 8 août 1878 se sert quelquefois de l'expression « appel » (art. 9 et 11) ; en règle, elle parle de « recours » sans distinguer si l'acte attaqué est un simple acte administratif ou un jugement. Malgré cela, le moyen de droit a toujours le même caractère (*Kahr*, Comment., I, p. 129, note 4) ; c'est toujours un appel (*Merkel*, Encyclopädie, § 781 ; *Parey*, V. R. I, p. 190, p. 290). Comme toute la justice administrative du droit bavarois, celle de cette instance d'appel est également restreinte par l'exclusion des questions où il y a libre appréciation ; mais il n'est pas permis, pour cela, de dire, comme le fait *G. Meyer*, V. R., I, p. 64, note 29, que la Cour administrative bavaroise a « le caractère d'une instance de pure révision ou de cassation ». Comp. V. G. H., 7 déc. 1880 (Samml., II, p. 285) : « La Cour administrative n'est pas une Cour de cassation ; elle n'est pas non plus un tribunal de revision dans le sens du Code de Procédure civile qui exerce bien une juridiction sur les parties, mais est lié par les constatations de fait du jugement attaqué ; elle forme au contraire une instance pleine et entière ». Pour la question de la preuve, comp. note 37 ci-dessous.

(28) Prusse, L. V. S., § 93 et 94 (revision) ; Bade, L. 14 juin 1884, § 42 (recours en nullité) ; Saxe, L. 30 janv. 1835, § 17 (recours en nullité, remplacé dans la loi du 19 juillet 1900 par l'appel).

Digitized by Google

parle de *contrôle en droit*, de *recours en droit*, de *demande administrative*. Cette juridiction suprême est restreinte au contrôle de l'observation de certaines limites juridiques ; celui qui se croit lésé par l'inobservation de ces limites, peut mettre en mouvement cette juridiction par une demande en annulation dirigée contre l'acte par lequel il a été lésé.

Comme les actes administratifs présentent un mélange, à des degrés très variés, de liberté d'action et de nécessités juridiques, comme ils sont tantôt complètement liés, tantôt liés pour partie, tantôt complètement libres dans certaines limites ou dans la direction générale vers un but déterminé, les principes, d'après lesquels ils doivent être soumis à un contrôle au point de vue du droit, peuvent être choisis de différentes manières. On fait fausse route en s'imaginant le « contrôle en droit » comme une notion fixe, donnée d'avance. Ici encore, la loi détermine les affaires contentieuses administratives selon son bon plaisir, et, par conséquent, de manière différente dans les différents pays.

Nous prenons pour point de départ le *recours pour excès de pouvoir* du droit français, qui a eu une certaine influence sur le développement du droit allemand, quoique bien souvent on ne l'ait pas bien compris. Il vient, comme le recours en cassation, de l'ancien régime ; il a fait ses preuves par un long usage ; il s'est perfectionné. Son nom originaire est *réclamation d'incompétence ;* aujourd'hui, encore il s'appelle ordinairement recours pour incompétence ou excès de pouvoir. Il s'agit d'une forme spéciale de violation de la compétence : l'autorité doit être sortie de l'exercice normal de ses pouvoirs. Dès lors, l'examen auquel ce moyen de droit donne lieu, ne concerne que les limites extérieures des pouvoirs de l'autorité. Qu'il n'y ait pas de recours, au cas où il y a eu erreur dans une question

Digitized by Google

de libre appréciation, c'est là une chose qui nous paraîtra naturelle. Mais une fausse application de la loi ne suffit pas non plus : de même que le juge qui fait une fausse interprétation de la loi n'excède pas sa compétence, de même une faute semblable ne peut servir de base au recours pour excès de pouvoir contre l'autorité administrative. La question est exclusivement celle de savoir si l'autorité a agi dans l'exercice de ses pouvoirs, que cet exercice soit bon ou mauvais, légal ou illégal, peu importe. Elle excède ses pouvoirs en faisant des actes qui n'y sont pas compris du tout, ou en ne remplissant pas les formes qui en sont les conditions. Mais l'autorité administrative excède également ses pouvoirs en se servant de sa libre appréciation dans un but autre que celui pour lequel son pouvoir légal lui a été confié. C'est ce qu'on appelle le *détournement de pouvoir* (29).

A la place de ce recours pour excès de pouvoir, nous rencontrons dans le droit allemand la *demande en nullité pour violation de la loi*. C'est aussi une juridiction à compétence restreinte, mais restreinte d'une ×

(29) *Otto Mayer*, Theorie des Franz. V. R., p. 139 et ss. Ce recours correspond au recours en cassation ; tous les deux font partie des attributions de l'ancien *Conseil du roi* : de même que le contrôle des tribunaux se faisait par le *Conseil privé*, de même le contrôle des intendants et des autres agents administratifs se faisait par le *Conseil des dépêches*. La jurisprudence de ces deux sections du Conseil du roi a donné à ces deux moyens de droit leur forme. La législation ultérieure, comme nous l'avons vu (note 22 ci-dessus), a élargi l'effet du jugement de cassation, dont l'appreciation du point de droit lie les juridictions subalternes. Le jugement sur recours pour excès de pouvoir n'a pas participé à ce développement ; il se borne à annuler ou à laisser subsister l'acte qu'on a attaqué par ce moyen. Le recours pour excès de pouvoir est une espece de contrôle d'un caractère si spécial qu'il est difficile de le désigner par une formule abstraite ; ici tout est affaire d'usage : c'est l'œuvre de la jurisprudence. Dans le Württemberg, le Conseil d'Etat, comme tribunal administratif, s'était inspiré des idées de cette institution française. En général, l'imitation n'en est guère recommandable. Mais on n'a pas pour cela le droit de la condamner aussi sévèrement que le font *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 249, note 26 et *Tezner* dans Grunh. Zeitschrift, XIX, p. 394.

× Anfechtungsklage wegen Gesetzwidrigkeit.
V. Grun. Z. p. 192

autre manière. Ce en quoi elle diffère, c'est qu'elle s'attache plus étroitement au droit positif. La demande suppose aussi, d'un côté, l'individu lésé dans ses droits ; mais, de l'autre côté, elle suppose que l'autorité a causé cette lésion en appliquant faussement ou en n'appliquant pas la loi c'est-à-dire la règle de droit (30). Ainsi, ce moyen aboutit à un contrôle de la légalité de l'acte en général, et non pas seulement des limites extérieures des pouvoirs de l'autorité : il tient compte aussi de la fausse application de la loi, qui pourrait être faite dans ces limites ; la revision du Code de procédure civile sert de modèle. Si le cercle des attributions de la justice suprême se trouve ici élargi dans cette direction, on a renoncé en même temps à la conception plus hardie du moyen de droit français qui comprend également dans son contrôle l'exercice convenable du pouvoir de libre appréciation accordé par la loi à l'autorité. Le juge administratif allemand s'en tient au texte de la loi.

En revanche, la législation allemande possède une autre espèce de justice administrative suprême qui tend particulièrement à un contôle d'une partie de
x la libre appréciation : c'est la *demande en nullité pour défaut de faits justificatifs*.

La libre appréciation qui peut appartenir à une autorité administrative s'exerce dans deux directions. On apprécie les circonstances en ce qu'elles sont propres à produire l'acte, et on choisit les moyens qui paraissent propres à réaliser le but. Le contrôle, que notre moyen de droit permet, vise pleinement le premier point : la Cour examine les *circonstances* que

(30) Prusse, L. V. G. § 127, al. 3, chiff. 1 : « que la résolution attaquée pour non-application ou fausse application du droit existant lèse le demandeur dans ses droits ». Comp. Bade, loi du 14 juin 1884, § 4 ; Württemberg, loi du 16 déc. 1876 ; Saxe, loi du 19 juillet 1900, § 76 ; Autriche, loi du 22 oct. 1875, § 2.

x Anfechtungsklage wegen mangelnder thatsächlicher Voraussetzungen.
Grom. ed. p. 192.

l'acte suppose, absolument comme l'autorité qui a fait l'acte, par conséquent comme une Cour d'appel (31). Mais, à la différence de cette dernière, la Cour ne contrôle pas l'autre côté de l'acte, le choix des *moyens*. D'ailleurs, ce côté n'est pas laissé tout à fait en dehors, car les deux côtés de l'acte se tiennent ; lorsque la Cour doit examiner si les circonstances justifient la disposition, il n'est pas question d'un acte quelconque, mais de cet acte avec son contenu déterminé. Il s'agira donc de savoir si ce qui a été ordonné rentre encore dans la catégorie des choses qui, en général, peuvent être justifiées par des circonstances de cette nature. Comme moyen de discernement, nous employons ici la formule si usitée en droit : on suppose un homme normal, un *bonus pater familias*, ici un fonctionnaire administratif convenable. Si celui-ci, dans ces circonstances, pouvait d'une manière plausible, être amené à prendre une disposition semblable, il n'y a pas lieu d'aller plus loin et d'examiner si elle était vraiment nécessaire, bonne et utile. Tel est bien le côté de la libre appréciation qui ne doit pas être contrôlé. La loi se sert de l'expression : l'autorité a eu le droit c'est-à-dire qu'elle est, par rapport à ce contrôle, à considérer comme ayant eu le droit de faire cet acte. Si, au contraire, la réponse à cette question est négative, la demande en nullité est fondée ; l'acte attaqué doit être annulé, non pas pour cause de fausse application ou de non application de la loi — il ne s'agit pas d'application de la loi — mais parce que font défaut les

(31) Prusse, L. V. S, § 127, al. 3, chiff. 2 : « que les conditions de fait ne sont pas données, qui auraient autorisé l'autorité à émettre la disposition ». De même, Bade, loi du 14 juin 1884, § 4, al. 2, chiff. 2. — Il est évident que ce chiff. 2 contient, par rapport au chiff. 1 (note 30 ci-dessus), une idée tout à fait indépendante. Quand on cherche à établir une connexité, on n'arrive qu'à des mots. Comp. *v. Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 132 et le rapport de la Commission qui y est cité, p. 131.

circonstances de fait qui pourraient rendre un acte semblable juridiquement possible (32). Si donc un côté de la libre appréciation est contrôlé comme sur appel, l'autre côté de cette libre appréciation est soumis à un contrôle comme sur recours pour excès de pouvoir au sens du droit français. Il y a là une restriction par laquelle cette juridiction — quoiqu'elle embrasse encore une forte partie de libre appréciation, — s'oppose à une juridiction de pleine compétence (33).

(32) O. V. G., 22 décembre 1883 : « Le contrôle de la disposition de police selon le § 63, chiff. 2 al. 3 (aujourd'hui notre § 127 al. 3 chiff. 2) ne se restreint pas à la question de savoir si la disposition, d'après les circonstances alléguées, est possible *in abstracto* ; il faut rechercher si les circonstances qui la justifieraient existent *in concreto* ». O. V. G., 21 mars 1879 (Samml., III, p. 393, 394) détermine ces deux points dans le même sens ; le moyen est fondé « quand l'autorité a supposé des faits essentiels qui, dans la réalité, n'existent pas » — c'est la question *in concreto* — et « quand on allègue que la disposition, excédant les limites antérieures fixées à sa libre appréciation, ne repose pas sur des motifs réels de l'intérêt de la police » — c'est la question de la possibilité juridique *in abstracto*. Cette possibilité, d'après l'O. V. G. 26 juillet 1880 (Samml., X, p. 267) n'existe pas quand la disposition est « tout à fait déplacée et impropre à la réalisation du but visé ». Dès lors, cette disposition doit être annulée. Au contraire, d'après l'O. V. G., 21 mars 1879 (Samml., II, p. 393), la demande en annulation n'aura pas d'effet « quand on reproche seulement à l'autorité d'avoir fait de la libre appréciation qui lui appartient un usage relativement extensif et qui ne répond pas aux circonstances ».

(33) *Texner*, Lehre v. freien Ermessen, p. 70 ss., remarque très bien la particularité de ce moyen de droit, quand il y constate « la répudiation décidée et intentionnelle de la théorie de la libre appréciation technique naturellement soustraite à tout contrôle » — ce n'est pas sans intention, que le chiff. 2 du § 127 L. V. G., al. 2, ne dit pas, comme le chiff. 1, que le demandeur doit être « lésé dans ses droits » ; on a tort de vouloir suppléer cette condition (*v. Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 132). Que l'on parle de droit lésé dans le cas où il y a fausse application de la loi, il n'en est pas de même dans le cas où il y a seulement abus de la libre appreciation ; or, c'est de cela qu'il est question dans le chiff. 2. Cependant, il faut se garder d'attacher trop d'importance à l'expression « lésé dans ses droits ». Cela n'exclut pas la libre appréciation. Les jurisconsultes français parlent de « droit lésé », quand il y a lieu au recours pour excès de pouvoir, lequel cependant embrasse aussi la sphère de la libre appréciation (Theorie d. Franz., V. R., p. 139 ; *Hauriou*, Droit adm., n° 542). Ce droit lésé est un intérêt quelconque pour la défense duquel il y a un moyen de droit. Ce n'est qu'une façon de parler ; ce serait chicaner le législateur qui s'en sert que de vouloir en tirer des conséquences pour obtenir une apparence de système, trop facilement construit. Il n'en manque pas d'exemples.

Tout cela doit être complété à un autre point de vue : la juridiction du tribunal administratif suprême a une répugnance naturelle pour l'*administration des preuves nouvelles* dont ce tribunal pourrait être chargé.

Des preuves nouvelles sont déjà en partie exclues par la censure même du moyen de droit et du contrôle à exercer. Le recours en cassation, en révision ou en nullité a pour but principal le maintien de l'unité dans l'interprétation de la loi. Le profit que, du même coup, pourront en retirer les intéressés, servira principalement de stimulant pour provoquer leur collaboration à ce contrôle. Pour cette raison, il importe seulement que l'erreur de droit résulte du texte même du jugement attaqué ; le point de fait, pour cet examen, sera accepté tel que le jugement attaqué l'a fixé (34). On procède de la même manière dans le recours pour excès de pouvoir du droit français.

Au contraire, le recours en droit (*Rechtsbeschwerde*) de notre droit administratif allemand, c'est-à-dire la demande en nullité pour la violation de la loi ou pour défaut de circonstances justificatives est, avant tout, un moyen de droit au profit de la personne lésée. Il s'agit de savoir si, dans le point à contrôler, il lui a été fait tort. La loi a été faussement appliquée à son cas, lors même qu'elle correspond bien aux faits supposés par le jugement, mais non aux faits véritables ; et les circonstances justificatives peuvent faire défaut, même si le jugement attestait le contraire. Ainsi, il peut se faire qu'une nouvelle appréciation des questions de fait exige l'administration de preuves nouvelles. Quand la cour administrative fonctionne comme tribunal d'appel, cette possibilité est toute naturelle.

(34) C'est la règle pour la revision du droit administratif (comp. note 18 ci-dessus) aussi bien que pour la revision de la procédure civile : *v. Brauchitsch*, V. Gesetze, I, p. 95, note 168.

Digitized by Google

Dans tous ces cas, des précautions spéciales sont prises pour décharger la Cour. La loi, par exemple, ordonne expressément que si une administration de preuve parait nécessaire, elle soit renvoyée aux instances inférieures (35). Ou bien la loi n'admet de nouveaux moyens de fait qu'à certaines conditions et à titre exceptionnel (36). Même en l'absence d'une loi expresse, nous trouvons un secours jusqu'à un certain point dans la maxime que tout ce que les autorités inférieures ont constaté ou supposé en fait, est présumé être la vérité; par conséquent, les pièces de la procédure servent de base tant qu'il n'y a pas de preuve contraire offerte et fournie (37).

Cela semble faire ressortir encore plus nettement le caractère restrictif que revêt l'exercice de ce contrôle suprême. Mais, pour la notion même de la justice administrative à compétence restreinte, ces règles relatives à la preuve ne sont que d'importance secondaire.

(35) Bav., L. du 8 août 1878, art. 10. Dans les motifs, p. 13, il est dit que la Cour, pour cette raison, n'est pas une « pleine instance d'appel ». Mais il nous semble que la manière d'administrer la preuve n'est pas décisive pour déterminer la nature du moyen de droit.

(36) Württemb., L. du 16 décembre 1876, art. 62 : les moyens nouveaux ne sont admis qu'à la condition que l'autorité dont l'acte est attaqué y consente. Saxe, L. du 19 juillet 1900, § 81, al. 3 : pour l'administration de preuves nouvelles, l'affaire peut être renvoyée devant l'autorité dont l'acte est attaqué. Autorité, L. du 22 octobre 1875, § 6 : la Cour administrative, en règle, doit s'en tenir aux pièces du procès que l'instance inférieure lui a remises. Cependant, selon les circonstances, il peut être procédé à des vérifications nouvelles dont on chargera alors l'instance inférieure : *Tezner*, Freies Ermessen, p. 44. *Pann*, V. Justiz, p. 79, ne semble pas voir la différence essentielle qui, à raison de cette admission de preuves nouvelles, existe entre la juridiction de la Cour administrative et la procédure de revision ou de cassation du procès civil.

(37) C'est la maxime posée par l'O. V. G., 14 novembre 1878 (Samml., IV, p. 270, 274) ; de même, O. V. G., 29 octobre 1883 (Samml., X, p. 261, 268).

§ 15.

Continuation. — Effet de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée est la qualité spécifique de l'acte accompli dans la forme de la justice administrative, du jugement administratif. Elle consiste en une stabilité particulière de cet acte. Que le jugement administratif produise son effet, qu'il détermine un rapport juridique de droit public et qu'il décide d'une manière obligatoire, aussi longtemps qu'il n'est pas modifié ou révoqué, tout ce qui doit en résulter, cela résulte de sa nature d'acte d'autorité, d'acte administratif. Mais que le jugement administratif ne puisse pas perdre cette situation dominante, qu'il soit insusceptible de modification et de révocation, cette *stabilité* en un mot, il la tient de son origine spéciale. C'est ce qui constitue la force de la chose jugée.

Cette force n'est pas sans limites. Pour fixer ces limites, il faut recourir à l'origine du jugement administratif, à la nature du procès administratif, lequel est caractérisé par la collaboration des intéressés en tant que parties. Cette collaboration des parties et leur droit sur l'action du tribunal qui est le fondement de la chose jugée, donnent aussi la clef qui permet de résoudre les questions relatives à l'étendue des effets de la chose jugée.

S'il est vrai, en effet, qu'il est de l'*intérêt public* qu'une sentence rendue dans ces conditions soit irréfragable, cette sentence est, en même temps, l'objet

Digitized by Google

d'un *droit des parties* qui ont contribué à la faire rendre. Ce droit des parties sur le jugement est la conséquence logique de leur droit de collaboration dans la procédure qui leur sert à l'obtenir. Ce droit concourt avec l'intérêt public pour donner au jugement cette stabilité qui constitue la force de la chose jugée.

Les deux principes aboutissent, en général, au même résultat pratique. Mais il y a des points où ils se séparent ; nous verrons alors que le droit positif, pour être expliqué, a besoin de l'un et de l'autre principe.

Comme le droit des parties sur le jugement émane plus directement de l'ensemble de la justice administrative et entraîne aussi plus directement les effets pratiques de la chose jugée, nous commencerons par exposer la chose jugée au point de vue du droit des parties, sauf à compléter nos explications en faisant intervenir la part revenant à l'influence de l'intérêt public.

I. — La chose jugée n'a son effet que pour les *personnes* qui ont figuré dans la procédure comme parties. Quelles sont ces personnes ?

1) La chose jugée, considérée sous le point de vue de l'intérêt public, n'a qu'une valeur négative : c'est un *noli me tangere* pour tout le monde. Considérée sous le point de vue d'un droit acquis sur le jugement, elle devient tangible. Elle a son effet sur l'*Etat* : l'Etat, le pouvoir exécutif est lié par cet acte, cela est de son essence (1). La chose jugée produit son effet sur les *autorités* : celles-ci subissent cet effet en tant qu'organes du pouvoir exécutif ; les fonctionnaires y sont tenus personnellement à raison de leur devoir de servir l'Etat (2). Mais tout cela n'est que la conséquence

(1) Il est bien entendu qu'à raison de cet effet l'Etat ne devient pas une partie. Quand il est partie, lorsqu'il plaide par exemple comme fisc devant le tribunal civil, la chose jugée a sur lui deux effets distincts ; c'est alors que se produit la réaction de cette institution de droit public ; comp. § 11, note 11 ci-dessus.

(2) Comp. § 7, II, n° 2 ci-dessus. *Schanse*, dans Ztschft f. Stf. R. W.

Digitized by Google

de l'effet principal sur la *partie* : le jugement lui appartient ; cela veut dire que le pouvoir exécutif est lié vis-à-vis de la partie à maintenir le jugement et à respecter le rapport juridique tel que le jugement l'a déterminé ; la partie serait lésée dans son droit si on lui donnait moins ou si on lui prenait plus que le jugement ne l'a dit. Voilà comment la chose jugée se présente dans la justice à partie uniforme. Pour la justice à parties opposées, la situation se complique ; l'acte est lié de deux côtés ; le droit du demandeur interdit la diminution de ce que le défendeur doit ; le droit du défendeur en interdit l'augmentation. De cette manière, la chose jugée a son effet *entre les parties* ; elle produit cet effet au profit de l'une et contre l'autre, en liant la puissance publique dans cette direction. L'effet immédiat est toujours dirigé contre la puissance publique, laquelle est liée.

2) Pour savoir si une personne doit être considérée comme partie, il ne suffit pas qu'elle soit intéressée dans l'affaire ou qu'il s'agisse d'un droit lui appartenant. Il ne suffit pas, non plus, que, d'après la loi, elle aurait pu ou dû figurer comme partie dans la procédure qui précède le jugement. Il faut qu'elle ait *effectivement joué le rôle de partie*. Si, comme dans la procédure civile, ce rôle est caractérisé par certaines *formes* à remplir, telles que l'assignation lancée ou reçue, l'intervention, etc., il suffit que ces formes aient été remplies. Cette personne, alors, est partie

IV, p. 476, comme conséquence logique de son opinion que l'autorité qui, dans la procédure criminelle, joue un rôle de partie est une partie véritable, veut aussi soumettre cette autorité à l'effet direct de la chose jugée. Mais comme cela ne peut concerner la personne du ministère public en fonctions, il remplace cette personne par la fonction de ministère public (*Staatsanwaltsschaft*), notion qui comprend tous les procureurs présents et à venir du pays. Il semble songer à quelque chose comme le pouvoir exécutif. Il est permis de supposer la même idée chez *Bernatzik*, Rechtskraft, pp. 117 et 118, pour qui la force de la chose jugée oblige les organes de la puissance publique.

pour le jugement qui intervient, même dans le cas où, d'après la loi, elle n'aurait pas eu qualité pour l'être. Mais la justice administrative, nous le savons, n'a pas toujours des formes aussi clairement prononcées ; il faut alors recourir à la nature des choses : une personne n'a été partie qu'autant qu'on l'a *entendue*, ou que, tout au moins, on lui a donné l'occasion de se faire entendre. Encore faut-il distinguer quelquefois dans quel sens une personne a été entendue ; c'est peut-être à titre de renseignement ou pour connaître ses désirs et ses objections ; le fonctionnaire qui l'a entendue est peut-être à la fois juge et simple administrateur. Ce sera alors une question d'interprétation que de déterminer si cette personne a été partie ou non. Dans ce cas seulement, il sera important de constater si, d'après la loi, cette personne avait *qualité pour figurer comme partie* dans l'affaire sur laquelle on a statué ; cela servira, en effet, à résoudre cette question d'interprétation : au cas de l'affirmative, elle sera censée avoir été entendue comme partie ; la chose jugée produira, pour elle, son effet (3).

3) On parle d'un effet de la chose jugée qui s'exerçerait *au delà des parties*. Il n'y a là qu'une contradiction apparente avec ce que nous venons de dire. Il y a d'abord le cas de l'*adcitation (Beiladung)*. Cela suppose un procès pendant, dans lequel il y a déjà devant le tribunal une partie au moins. L'adcitation a lieu par ordre du tribunal ; celui-ci met un tiers en cause, afin que le jugement à intervenir produise aussi son effet vis-à-vis de lui (4). A la suite de cet ordre, le

(3) Comp. § 13, note 22 ci-dessus ; *Bernatzik*, Rechtskraft. pp. 187-189.

(4) Prusse. A. L. V. Ges. § 70 ; *v. Brauchitsch*, V. Ges. I, p. 78 ; *Parey*, V. R. I., p. 98 ; Bavière, Loi du 8 août 1878, art. 33 ; Saxe, L. 19 juillet 1900 § 45 ; Württemberg, L. 16 déc. 1878 art. 64 ; Bade, L. 14 juin 1884 § 21 ; Autriche, L. 22 oct. 1875 § 27 ; *Roesler* dans Grünh. Ztschft. IV, p. 331, ss. ; *Pann*, V. Justiz in Oesterreich, p. 107.

Digitized by Google

tiers devient tout simplement partie, qu'il fasse ou non usage de son rôle (5). Ce qu'il y a de particulier dans cette adcitation, c'est que le tribunal est autorisé à décider librement qui doit encore être appelé comme partie dans l'affaire, en vue de lui conférer cette qualité d'office (6).

Il se peut aussi qu'il y ait *succession* dans la chose jugée. L'effet de la chose jugée peut être considéré comme l'accessoire du rapport juridique auquel il est attaché. Le droit civil l'admet pour la succession à titre universel et aussi, suivant les circonstances, pour la succession à titre particulier. Ces règles trouveront leur application dans le cas où il s'agit d'un droit individuel (subjectif) public : le successeur à un droit de concession, à un droit à indemnité profitera de la force de chose jugée du jugement obtenu par son prédécesseur. Mais la justice administrative ne statue pas seulement sur des droits individuels préexistants. Par exemple, elle accorde ou refuse des autorisations pour des établissements industriels. Ce sont des questions de libre appréciation ; il n'y a pas là de droit individuel. Et cependant, celui qui a obtenu l'autorisation peut céder son entreprise, et le successeur profite de la force de la chose jugée. Ou bien, ce qui est encore plus frappant, le voisin de l'industrie projetée, qui a fait opposition et obtenu un jugement qui refuse l'autorisation, cède son immeuble : son succes-

(5) Saxe, L. 19 juillet 1900 § 45 ; « par l'adcitation ils deviennent parties ».

(6) La loi permet d'adciter, d'une manière générale, « des tiers dont l'intérêt général sera touché par la décision à rendre ». Il n'est donc pas possible de restreindre cette autorisation à des « intérêts juridiquement protégés » ou à des « droits individuels indépendants » : *Roesler*, dans Grünh. Ztschft. IV, p. 336 ; *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 124 ; *v. Brauchitsch*, V. Gesetze I, p. 78. Des véritables droits individuels, cela se trouverait rarement ; juridiquement protégés, les intérêts ne le deviennent que par l'adcitation même. On laisse ici à la libre appréciation du tribunal le pouvoir d'élargir notablement le cercle de la justice administrative.

Digitized by Google

seur pourra se prévaloir du jugement qui lui profite (7). Dans tous ces cas, il n'y a pas de succession à un droit protégé par le jugement et accessoirement à la force de la chose jugée ; il n'existe pas en effet de droit protégé. Il y a directement succession à ce droit acquis sur le jugement même (8). Ce fait trouve son explication dans ce que nous avons exposé au § 8, III, n° 2 ci-dessus sur l'effet de l'acte administratif en ce qui concerne des *personæ incertæ* qui peuvent succéder à la personne que l'effet touche directement. Cette succession, ayant ses règles et ses limites, n'est pas contraire au principe que la force de la chose jugée ne produit son effet que sur les parties en cause. Certes, le fait qu'il y a chose jugée pour ces personnes déterminées n'est pas indifférent à d'autres personnes dont les intérêts peuvent en dépendre. Mais il en est de même pour tous autres droits individuels. Il est contraire à la logique sévère de notre discipline, que de parler d'un effet indirect de la chose jugée, qui s'étendrait sur ces « intéressés indirects ». Le cercle des personnes comprises dans ses effets juridiques est strictement fermé (9).

(7) *Regelsberger*, Pandecten p. 198 ; *Savigny*, System II, pp. 469 ss. *Mendelsohn-Bartholdy* Grenzen d. Rechtskraft, pp. 44 ss.

(8) O. V. G., 9 oct. 1880 (Samml., VII, p. 294) : l'autorisation d'un débit de boissons à consommer sur place se transfère à la veuve et aux héritiers mineurs du détenteur originaire ; si l'autorisation a été obtenue en justice administrative, elle leur appartient avec force de chose jugée. Cependant, cette autorisation n'implique pas un droit individuel ; comp. § 9 note 25 ci-dessus.

(9) Le droit civil admet des cas où la force de la chose jugée a son effet sur des personnes indirectement intéressées ; celles-ci sont censées être représentées d'une certaine manière par la partie : *Frendenstein* ; die Rechtskraft nach C. Pr. O., pp. 220 ss., pp. 228 ss. Il ne faut pas vouloir chercher des analogies dans le droit administratif. Selon *Bernatzik*, au contraire, le droit administratif irait encore plus loin, sur ce point, que le droit civil : « dans le droit administratif, prétend-il (Rechtskraft, p. 189), la chose jugée oblige toutes les personnes qui sont des intéressées de fait » (factische Interessenten) ; elles n'ont pas besoin d'avoir été parties. Et comme d'après les explications qu'il donne, tout le monde peut être plus ou moins intéressé, il arrive faci-

Digitized by

II. — La chose jugée n'a d'effet que *pour le rapport déterminé* qui a été porté devant la justice administrative et a fait l'objet du jugement.

1) Comme la chose jugée doit être juridiquement le produit de la collaboration des parties, elle n'embrasse que ce qui faisait l'objet de leur procès, ce qui a été *in judicium deductum* par elles ou contre elles. Le juge est tenu de rester dans ces limites ; s'il les excède, son jugement n'est pas valable. Mais le jugement, comme tout acte d'autorité, atteste lui-même sa validité ; donc, tout ce que le juge a voulu régler est censé remplir les conditions de la chose jugée.

Pour interpréter la volonté du juge, la forme extérieure des jugements donne déjà certaines indications : c'est dans le dispositif que réside cette volonté ; c'est seulement pour le rapport que le dispositif concerne qu'il y aura chose jugée ; les motifs peuvent, sans doute, servir à mieux faire connaître ce rapport ; ils n'entraînent pas, par eux-mêmes, chose jugée pour les rapports qu'ils semblent apprécier (10).

Il y a aussi la présomption, pour tout acte d'autorité, que cet acte n'a voulu régler que ce qui en a besoin pour le moment ; si la décision dépend de l'appréciation d'un rapport fondamental, le jugement doit faire cette appréciation pour y arriver ; mais il n'est pas censé l'avoir fait d'une manière obligatoire pour tous les autres cas individuels qui ultérieurement pourront encore en résulter (11). Enfin, d'un autre

lement à cette proposition que, dans le droit administratif, *res judicata jus facit inter omnes* (loc. cit., p. 189). Quoiqu'il ne se dissimule pas que cette opinion paraîtra « nouvelle et contestable », il ne peut pas s'empêcher de nous la communiquer.

(10) O. V. G., 9 déc. 1876 (Samml., I, p. 87) ; depuis lors, cette manière de voir a trouvé un appui dans la C. Pr. Ordnung.

(11) O. V. G., 2 déc. 1876, 3 juillet 1877 ; surtout 23 avril 1878 ; le jugement qui statue sur une cotisation pour la réparation d'une voie publique ne fait droit que pour le cas individuel de réparation, quoique la question

Digitized by Google

côté et dans le même but pratique, le jugement, sauf restriction spéciale bien prouvée, doit avoir voulu régler complètement et absolument le cas individuel sans qu'il y ait besoin d'aucun complément pour comprendre la réalité des choses.

2) Dans la procédure civile, on trouve des jugements qui se bornent à terminer définitivement une certaine partie des contestations portées à la connaissance du tribunal. Cela s'appelle un *jugement partiel (Teilurteil)*. Il n'y a rien d'extraordinaire à séparer ainsi les différentes prétentions et contre-prétentions qui se trouvaient réunies dans une seule procédure (12). Mais il se peut aussi qu'on sépare, de cette manière, les différents aspects que présente une seule et même prétention, un rapport juridique déterminé qui fait l'objet du litige. Le tribunal, par exemple, statue préalablement sur le fond de la demande, sauf à fixer plus tard le montant à adjuger (13). Il y aura alors, en vertu du jugement partiel, pour ce rapport, une force de chose jugée partielle.

Dans la justice administrative, cette division devient nécessaire quand il y a juridiction de compétence restreinte ; comp. § 14, n° 3 ci-dessus. C'est surtout dans le droit bavarois que l'on rencontre ces jugements partiels : la justice administrative ici n'est saisie de l'affaire qu'au point de vue de la juridiction proprement dite ; elle ne juge que le point de droit. La chose jugée ne lie le rapport juridique que de ce seul côté ; tout ce qui, dans ce rapport, dépend de la libre appréciation reste en dehors (14). Il en sera de

du principe de l'obligation de contribuer ait été discutée et appréciée ; il en serait autrement si la demande avait pour but de faire constater le principe de cette obligation *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 166 semble admettre trop facilement la « fixation de rapports juridiques préjudiciels » même dans les motifs du jugement.

(12) C. Pr. Ord. §§ 301, 302.

(13) C. Pr. Ord. §§ 303, 304.

(14) On trouve des exemples dans *Seydel*, Bayr. St. R. II, p. 442 note 2.

même des demandes en nullité pour violation de la loi ou pour défaut de circonstances justificatives, telles qu'elles ont été admises par la législation de la Prusse, de Bade, de Saxe, du Württemberg et de l'Autriche. A la suite de ces demandes, le jugement constate, avec force de chose jugée, si, dans les circonstances données, un acte ayant ce contenu ou accompli dans ce but est légalement possible vis-à-vis du demandeur. En résolvant affirmativement cette question, le jugement ne dit pas que, en réalité, cet acte doit avoir lieu ; la réalité de l'acte reste abandonnée à l'administration active. Si, au contraire, cette possibilité est niée, l'acte, en conséquence, est annulé.

Mais il faut bien se garder de considérer tous ces jugements partiels, simplement comme des incidents de la procédure commencée, incidents qui exercent une influence sur le résultat. Il semble qu'il en soit ainsi dans la procédure civile, où la partie du rapport juridique qui ne fait pas l'objet du jugement partiel est également comprise dans le même système de procédure judiciaire et y voit son sort réglé d'une manière définitive et inébranlable. Dans l'administration, au contraire, il s'agit d'un acte administratif qui, par sa

Très clairement se prononce V. G. H., 7 déc. 1880 (Samml., II, p. 285 ; *Reger*, I., p. 440) : Une demande d'autorisation d'un débit de boissons avait été rejetée, la *Kreisregierung* considérant applicable un statut local émis après la première décision sur la demande et d'après lequel l'autorisation ne pourrait être accordée que dans le cas d'utilité publique reconnue. Par arrêt du 1er juin 1880, cette résolution a été annulée, parce que la demande aurait dû être appréciée selon le droit existant antérieurement. La *Kreisregierung*, à laquelle l'affaire est renvoyée, renouvelle sa résolution ; elle déclare n'être pas liée par l'appréciation du point de droit faite par le V. G. H. A cela le V. G. H. répond : qu'il n'est pas une Cour de cassation, mais un tribunal d'instance ; qu'il a statué, avec force de chose jugée, « sur le côté droit administratif de l'affaire », en ce sens que la résolution devait être prise sur la base du droit antérieur. Nous parlerons tout à l'heure du caractère obligatoire de cette appréciation du point de droit qui est propre à la cassation et à la revision. Le V. G. H. déclare que son jugement a un effet plus intense : il l'appelle avec raison une *décision partielle*.

Digitized by Google

nature, est plus libre et plus mobile. Si par la force de la chose jugée l'acte administratif a reçu une fixation partielle, l'autorité administrative peut être libre, soit de l'abandonner, soit d'y revenir pour le modifier et le renouveler en se conformant plus ou moins à ce côté fixe. Alors, la force de chose jugée se manifestera pleine et entière : elle n'est pas restreinte à la procédure d'où elle est née ; elle forme un lien juridique définitif et général. Aucun acte administratif tendant à attacher des effets juridiques aux faits qui étaient soumis au jugement partiel, ne peut se mettre en contradiction avec la solution contenue dans ce dernier. Ce serait léser le droit de la partie que de renouveler un acte que le jugement sur la demande en annulation, avait annulé comme impossible en droit, ou que d'apprécier la question de droit soulevée par le rapport résultant de certains faits, autrement que l'a fait le jugement partiel obtenu par la partie (15).

3) Ce que nous venons de dire s'éclaire encore par le fait qu'il y a, en effet, des cas de chose jugée, dont l'effet ne se produit que dans les limites d'une procédure commencée. La *revision* en est le type. La Cour de revision, en prononçant l'annulation, est autorisée à statuer au fond, lorsque l'affaire est « mûre » ; cela ne diffère pas de la juridiction ordinaire et de sa force de chose jugée ; aussi n'en parlons-nous pas. Mais, en restant dans la sphère propre à la revision, la Cour

(15) Comp. sur cette détermination de l'acte administratif par le jugement partiel, le cas rapporté dans la note précédente. Le lien juridique qui existe entre ces deux côtés de la mesure à prendre trouve ordinairement son expression dans la qualification de « point préjudiciel », qui est donnée à l'objet du jugement partiel ; comp. les exemples cités par *Seydel*, Bayr. St. R. II, p. 422 note 2 : admissibilité d'une défense de séjour, défense effective ; permission de police dépendant de l'examen d'un certain point, appréciation de ce point, etc. *Roesler*, dans Grünh. Ztschft IV, p. 311, appelle cela une « directive » que la Cour administrative donne à l'autorité pour ses dispositions ultérieures. *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 144 : « Les prémisses de la disposition sont alors contenues dans la décision ».

peut soit rejeter le recours en revision, soit annuler purement et simplement. Dans la première hypothèse, le jugement attaqué reste tel quel ; il est simplement constaté, avec force de chose jugée, qu'il ne peut pas être cassé par la voie de la revision ; cela ne s'appliquerait pas à d'autres jugements ayant le même contenu et même rendus, si possible, sur les mêmes faits. Si, au contraire, il y a annulation, l'affaire est renvoyée devant la juridiction inférieure pour y être terminée, avec cette constatation, ayant force de chose jugée, que, pour la procédure ultérieure, le jugement attaqué est à considérer comme inexistant. Cela n'empêcherait pas le premier juge de maintenir sa manière de voir et de renouveler le jugement attaqué. La loi a évité ce résultat en ordonnant que l'appréciation du point de droit contenu dans l'arrêt de revision est obligatoire. En d'autres termes : il y a chose jugée ; il ne peut être statué sur ces faits et entre ces parties que conformément à cette appréciation (16). D'ailleurs, cet effet de la chose jugée ne s'applique qu'à cette procédure ; il n'empêcherait pas que, en dehors de cette procédure et dans une instance nouvelle, il fût statué dans un autre sens sur les mêmes faits et entre les mêmes parties. Cette particularité de la chose jugée, d'être limitée, quant à ses effets, à une certaine procédure pendante, peut nous échapper en matière civile ; là, en effet, cette même procédure, ainsi dirigée, amènera, en règle, à la solution définitive et complète de l'affaire par un autre jugement qui, de son côté, passera en force de chose jugée. Il en sera de même en matière administrative quand une revision proprement dite n'est admise que contre des jugements administratifs (17). Cependant, l'affaire peut aussi se

(16) C. Pr. Ord. § 565 al. 2 ; *Hahn*, Mat., I, p. 372.

(17) V. *Brauchitsch*, V. Gesetze I, p. 101, note 172 ; V. G. H., 7 déc. 1880.

terminer sans jugement au fond. Après annulation, par exemple, du jugement attaqué et renvoi de l'affaire devant la première instance, la demande est retirée ; ou bien on renonce à donner suite à la mesure administrative entamée : on sera alors libre de recommencer, et la force de la chose jugée de l'arrêt de revision, qui avait conféré à l'appréciation du point de droit un caractère obligatoire ne s'appliquera pas à la nouvelle instance (18). En matière administrative, il peut y avoir aussi des moyens de droit, du caractère juridique de la revision, admis contre de simples actes administratifs. Dans ce cas, comme l'instance au cours de laquelle le recours a eu lieu ne se termine pas par un jugement au fond, l'administration sera libre de recommencer ; la force de la chose jugée de l'arrêt d'annulation, restreinte à la première procédure, ne formera pas un obstacle au lien formel. Mais comme le recours peut également être renouvelé, il est évident que l'administration n'usera pas facilement de cette liberté (19).

(18) *Bernatzik*, Rechtskraft, pp. 168 ss., p. 169 note 1.

(19) *Otto Mayer*, Theorie d. Franz V. R., p. 146. — Que la force de chose jugée d'un jugement partiel sur le « côté droit administratif d'une affaire » et le caractère obligatoire de l'appréciation du point de droit aient une portée différente, attendu que, dans le premier cas, il y a contrôle du juge supérieur sur le fond de l'affaire et par conséquent sur le point de fait, alors qu'il n'en est pas ainsi dans le second cas, c'est ce qui a été très bien remarqué par le V. G. H., dans l'arrêt cité note 14 ci-dessus. Ce contraste éclate, d'une manière toute particulière, dans la justice administrative en Autriche, où cela a produit une certaine confusion. C'est la faute de la loi du 22 oct. 1875, qui, d'une part, saisit le V. G. H., du point de fait et, d'autre part, ne détermine l'effet de son arrêt d'annulation que par la formule de la revision ou de la cassation, en ordonnant que les autorités administratives sont « liées par les idées juridiques qui ont servi de base à l'avis de la Cour ». De là, ce résultat que, d'une part, le V. G. H. d'Autriche rend des jugements partiels et que ses sentences ont alors l'effet correspondant, c'est-à-dire déterminent le fond de l'affaire partiellement avec force de chose jugée ; mais, d'un autre côté, on ne cesse pas d'essayer d'expliquer ceci comme une appréciation obligatoire du point de droit, ce qui évidemment ne peut réussir. Ainsi, par exemple, *Roesler*, dans Grünh. Ztschft. IV, p. 290, commence par déclarer que le V. G. H.

III. — L'autorité de la chose jugée ne signifie pas que le rapport déterminé par le jugement est hors du commerce. Il peut intervenir une cause nouvelle qui l'annule ou le modifie, de sorte que la force de la chose jugée perd son objet. Les parties peuvent en disposer, quand il s'agit d'un droit individuel (20).

n'est autre chose qu'une Cour de cassation ; mais il ajoute plus loin : « Du reste, il est à remarquer que la disposition ultérieure de l'autorité n'est pas conforme à la loi par cela seul qu'elle n'est pas en contradiction avec l'appréciation juridique adoptée par le V. G. H. ; il faut reconnaître à cette dernière appréciation la force d'une décision positive ». Evidemment cela veut dire que nous sommes en présence non pas d'une appréciation juridique liée comme dans le cas du jugement de cassation, mais d'une décision sur le fond même de l'affaire. L'exemple cité par *Roesler* lui-même en fait la preuve directe : « Dès lors, dit-il, quand le V. G. H. déclare que la voie en question n'est pas une voie publique, l'autorité est liée par cette sentence : elle ne peut pas, pour un motif de droit quelconque, continuer à affirmer la qualité publique de cette voie » ! — Très instructif surtout est le cas, dont parle *Bernatzik*, Rechtskraft, pp. 151, 152. Il s'agit d'une contestation entre deux communes touchant la restitution des frais de secours donnés à un indigent. Le V. G. H. avait annulé la décision ordonnant la restitution complète, pour ce motif que la commune n'avait procédé à la constatation du domicile de secours qu'à un certain jour ultérieur, par suite tardivement. Lors de la reprise des débats devant l'instance supérieure, il apparaît cependant que cette dernière avait fait les démarches nécessaires à un moment antérieur; en conséquence, l'autorité lui adjuge la restitution des frais à partir du jour nouvellement trouvé. Le V. G. H., saisi à nouveau de l'affaire, déclare que l'admission du fait nouveau est écartée par son arrêt antérieur ; qu'il est établi que la demanderesse n'a pas à réclamer la restitution des frais faits avant le jour fixé dans cet arrêt. *Bernatzik* observe, avec raison, qu'il ne peut plus être question ici d'une appréciation liée du point de droit ; l'appréciation du V. G. H. était bien que la restitution ne devait être adjugée qu'à partir du jour où l'on avait commencé à rechercher le domicile de secours; or, ce principe, l'autorité l'avait adopté. Mais on reconnaît que la partie défenderesse avait, par la force de chose jugée de l'arrêt du V. G. H., « acquis le droit que la restitution des frais antérieurs au jour fixé par cet arrêt fût dorénavant considérée comme n'étant pas due ».

(20) O. V. G. 19 avril 1879 : l'existence d'une obligation légale de contribuer à une charge collective avait été niée par jugement passé en force de chose jugée ; — nouvelle demande admissible, basée sur une convention ou sur la prescription. Dans le même sens, Bund. Amt. f. H. S., 5 nov. 1881 (*Reger*, II, p. 36), touchant une nouvelle demande à l'effet d'être déchargé d'un indigent, demande fondée sur un changement intervenu dans les circonstances de l'affaire.

Il y a, en matière civile, des jugements qui statuent sur des prestations réitérées résultant d'un certain état de choses : par exemple, pension alimentaire, droit de passage en cas d'enclave. Ces jugements

Digitized by Google

L'administration puise, dans ses pouvoirs légaux sur la liberté et la propriété des sujets, la faculté d'y apporter des changements multiples. En particulier, l'effet rétroactif des lois administratives n'est pas arrêté par des rapports fixés antérieurement avec force de chose jugée (21). Tout cela va de soi et n'a pas besoin d'explication.

Mais ce qui surtout doit nous intéresser, c'est la question de savoir en quoi la force de la chose jugée directement et en elle-même peut faire l'objet d'une *disposition de la partie* qui a pris part au jugement, spécialement la question de savoir si l'effet de la chose jugée peut être détruit par la *renonciation* de la partie. A coup sûr, il faudrait répondre affirmativement, si la chose jugée n'était autre chose que l'expression d'un droit de la partie sur le jugement. Cette partie pourrait alors disposer de son droit, y renoncer et rendre ainsi à l'autorité sa liberté. Mais si le droit de la partie ne saurait être contesté, la stabilité de l'acte passé en force de chose jugée repose cependant encore, comme nous l'avons dit, sur un autre fondement. On

contiennent la réserve naturelle et tacite que la décision sera changée au cas où il y aurait changement dans les circonstances ayant fourni des motifs. Donc, la force de chose jugée n'exclut pas des modifications pour l'avenir. Si on y regarde de près, on voit que cela n'a pas même le caractère d'une exception au principe : ne pouvant pas prévoir l'avenir, le tribunal devrait plutôt s'abstenir de fixer à l'avance les prestations futures ; mais il est évidemment plus pratique de procéder quand même à cette fixation, sauf à y revenir quand les intéressés le demandent. En matière administrative, nous trouvons des analogies surtout dans la sphère des charges publiques collectives ; Bade, V. G. H., 20 juin 1865 (Samml., p. 92) : la force de chose jugée n'exclut pas des modifications « en ce qui concerne des prestations de droit public qui, selon leur nature, doivent suivre les vicissitudes variables des faits et des circonstances ».

(21) Bad. V. G. H., 17 mars 1879 (Samml., p. 93). Du fait qu'un changement de législation peut influer même sur des rapports fixés par un jugement administratif passé en force de chose jugée, *Wirth*, dans Ztschft f. Bad. V. u. V. R. Pfl., veut tirer la conséquence qu'il n'existe pas de force de chose jugée en matière administrative. Mais si l'on se met à nier l'existence juridique de tout ce qu'une loi peut changer, il ne reste pas grand'chose.

reconnaît que l'intérêt public exige qu'une sentence, rendue dans ces conditions, soit définitive et irréfragable. La loi veut que ce qui avait été la matière de l'appréciation du juge, en collaboration avec la partie, ne soit plus mis en question. La chose jugée signifie donc en même temps une *défense* pour les autorités ; comme cette défense est faite dans l'intérêt public, elle est indépendante de la volonté des parties. C'est en ce sens qu'on parle de la force de chose jugée *absolue* (22).

L'intérêt public est, en général, une formule assez vague. Mais il n'est pas difficile de voir quelle espèce d'intérêt peut être ici en cause : c'est l'intérêt de la *certitude du droit*. La loi ordonne le droit pour le rendre certain. Mais, dans son application aux cas individuels, ce droit ne manque pas de redevenir incertain. C'est le juge qui a la mission de lui rendre cette certitude pour le cas individuel ; quand il aura rempli cette mission dans la forme prescrite, avec le concours de la partie intéressée, l'intérêt public exige qu'on ne laisse plus révoquer en doute le résultat obtenu. Le droit doit être désormais rendu certain pour ce cas individuel. Telle est la force de chose jugée absolue (23).

(22) Le premier projet de Code civil allemand, dans son § 191, avait admis purement et simplement le droit de la partie de disposer de l'autorité de la chose jugée : Mot., I, pp. 367 ss. *Bülow*, dans Arch. f. civ. Pr. LXXXIII, pp. 1 ss., a combattu vigoureusement cette proposition au nom de l'intérêt public qui, d'après lui, exige « la force de chose jugée absolue du jugement » ; c'est le titre qu'il donne à son article. Le Code civil allemand, dans sa rédaction définitive, s'abstient de régler cette matière.

(23) *Bülow*, *loc. cit.*, p. 53 : « la force du jugement confirmatrice du droit » ; pp. 65, 113 : « la force du jugement confirmant et appuyant le droit » ; p. 127 : « la certitude du droit réalisée par la justice » ; p. 128 : la renonciation à la chose jugée serait une tentative d'enlever au droit la certitude que le jugement est destiné à lui procurer (« *Rechtsverungewisserungsversuch* »). Comp. *Hellwig*, Wesen der Rechtskraft, p. 14 ; *Laband*, Staatsrecht., éd. all., III, p. 357 (éd. fr., IV, p. 167).

Digitized by Google

Ce raisonnement est clair et irréfutable pour le procès civil. Il l'est également pour le contentieux administratif, quand il s'agit, comme dans un procès civil, de dire ce qui est de droit, de faire un acte de juridiction en ce sens, d'émettre, comme nous l'avons dit, une décision.

Mais il y a, dans le contentieux administratif, des matières nombreuses où il ne s'agit pas de cela. Le tribunal administratif, dans la forme d'un jugement, émet une disposition administrative, fait un acte de libre appréciation, qui sert non pas à rendre certain, pour le cas individuel, un droit préexistant, mais à manifester la volonté de l'Etat, orientée vers l'intérêt public. *Cessante ratione legis non cessat lex ipsa ;* mais il ne s'agit pas ici d'une loi positive qui fixerait le sens et la valeur de la force de la chose jugée ; il s'agit d'un raisonnement et d'un dogme qui doivent disparaître l'un avec l'autre.

Dès lors, il faut dire que, pour des jugements administratifs contenant un acte de libre appréciation, la force de chose jugée *absolue* n'a pas de raison d'être (24).

(24) *Mueller*, Begriffe d. V. R. Pfl., pp. 191 ss., fait une distinction analogue. La force de chose jugée, dit-il, n'appartient qu'aux jugements administratifs qui présentent, pour elle, la même raison d'être que les jugements civils. En matière civile, le jugement doit terminer les constestations, *finem controversiarum* ; d'où, la nécessité de la chose jugée. La justice administrative ne sert pas aussi exclusivement à terminer des contestations de droit ; il faut donc distinguer : 1° Le jugement contient-il une décision sur une contestation, il est susceptible de la force de chose jugée ; 2° Dans tous les autres cas, il n'en peut pas être question ; *Mueller, loc. cit.*, p. 193, cite, comme exemple, les jugements administratifs qui accordent ou retirent des permissions de police, qui suppriment des droits individuels, qui autorisent une corporation ou en prononcent la dissolution.

La solution donnée au texte ne diffère guère de celle de *Mueller :* nous insistons sur le contenu matériel de la décision, plutôt que sur la « contestation en droit » qui pourrait vouloir désigner une justice à parties opposées. Peut-être n'y a-t-il là qu'une différence d'expression.

Notre distinction se rencontre également avec les idées si intrépidemment proclamées par *Bernatzik* ; elle reconnaît le fond de vérité

Naturellement, cela ne veut pas dire que le *droit de la partie sur le jugement* — l'autre côté de la force de chose jugée — disparaît également. Ce droit, au contraire, restera seul pour régler la matière.

Il faut donc distinguer :

Pour le jugement administratif contenant une décision proprement dite, la force de chose jugée est absolue, parce que l'intérêt public de la certitude du droit forme le droit de la partie.

Pour le jugement administratif contenant un acte de libre appréciation, il n'y a pas force de chose jugée absolue ; seule la force de chose jugée dépendant du droit de la partie lie ce jugement (25).

que ces idées contiennent. *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 130, donne la définition suivante : « Le siège de la force de chose jugée matérielle c'est toujours et exclusivement un acte de juridiction », c'est-à-dire une décision, un acte déclarant ce qui est de droit. Il exclut de la force de chose jugée tous les autres actes administratifs, ordonnances, dispositions, constatations, quelle que soit la forme dans laquelle ils sont émis (p. 133). *Bernatzik*, il est vrai, accepte cette appréciation particulière de la décision, en réclamant pour elle la force de chose jugée, même en dehors de la justice administrative. Mais ici nous le laisserons continuer sa route tout seul.

Evidemment, quand on est habitué à voir, dans la justice civile, chaque jugement revêtu indistinctement de cette force absolue que l'intérêt public exige, quand, d'autre part on ne peut pas constater qu'il existe, dans la justice administrative, des jugements qui n'ont pas cette force absolue, on commence par éprouver un certain malaise. Beaucoup de nos auteurs, s'ils n'ont pas renoncé tout à fait à l'idée de la force jugée dans la justice administrative, se résignent tout au moins à reconnaître que la force de la chose jugée est ici une chose bien précaire : *Gneist* dans *Holzendorff* Rechtslex., III, p. 1122 ; *Roesler* dans Grünh. Ztschft, IV, d. 282 ; *Parey*, V. R. I., p. 231. Pour *Loening*, il est vrai, il n'y a pas de difficulté : il lui suffit de nier la difficulté. D'après lui, tout jugement administratif qui statue au fond a la force de chose jugée absolue, exactement comme en matière civile (Verw. Arch., VII, p. 48). Le moyen est simple, mais il était toujours possible ; si on n'y a pas recouru, ce n'est pas parce qu'on n'y a pas pensé. C'est parce qu'on trouvait qu'il était inapplicable en présence des réalités du droit.

(25) Quand on ne connaît que le droit civil, on ne voit pas le droit de partie qui se cache ici derrière la force absolue du jugement ; mais ce droit est dans la nature des choses, et il doit apparaître en matière administrative, dès que cette force absolue laisse une lacune : que le jugement soit lié par le droit de la partie, c'est ce qui se manifestera par la nécessité d'obtenir le consentement de la partie pour des

De là, le fait si significatif que des demandes et pétitions en vue d'obtenir une permission ou une autorisation, rejetées par jugement administratif, peuvent être renouvelées sans qu'on puisse leur opposer la chose jugée : seul, le demandeur, comme partie du premier procès, peut se prévaloir de la chose jugé en vertu de son droit sur le jugement; or ici, évidemment, il y renonce (26).

modifications à faire. On reconnaît donc l'existence de jugements sans force absolue et en même temps l'existence d'un droit de partie sur le jugement en prévoyant la nécessité de ce consentement. Saxe, L. du 19 juillet 1900, § 61 : « Le jugement passé en force de chose jugée lie, en ce qui concerne l'objet du litige, outre les parties, les tribunaux administratifs aussi bien que les autorités de l'administration active ; et ces dernières sont liées de telle façon qu'elles ne peuvent, sans le consentement des parties, rien disposer qui y soit contraire ».

Bernatzik, dans son rapport pour le XXVIe congrès de juristes allemands, avait d'abord, dans une polémique improvisée dirigée contre moi, approuvé *Loening* d'avoir nié absolument le droit de la partie sur le jugement (Gutachten, II, p. 37) ; mais à la fin de son rapport (Gutachten, p. 51), il publie un projet de loi sur la force de chose jugée (projet dont le mérite, du reste, est très douteux) ; d'après ce projet, les autorités seraient liées par les jugements passés en force de la chose jugée, « de manière à ne pas pouvoir s'en écarter sans le consentement des parties ». Voilà bien le droit de la partie !

(26) C'est la jurisprudence de l'O. V. G. Elle a trouvé son expression la plus forte dans l'arrêt si souvent commenté du 25 juillet 1879 (Samml. V, p. 292) : le refus d'autorisation pour un débit de boissons avait été confirmé par le tribunal administratif ; à la nouvelle demande on ne peut pas opposer la *res judicata*, car cette dernière n'est conférée que pour la protection d'une personne privée, et non au profit du fonctionnaire qui aura à représenter l'intérêt public ; disons : elle n'existe pas pour le pouvoir exécutif, parce qu'il n'est pas partie. Comp. O. V. G. 1er mai 1882, Samml. VIII, p. 353 ; V. G. H. 19 février 1890 (*Reger*, XI, p. 132) ; *Landmann*, Gew. Ordnung, I, p. 167 ; *Parey* V. R. I, p. 231 : « la force de la chose jugée n'existe pas pour ces refus, parce que les circonstances concernant l'intérêt public varient à tout moment ». O. V. G. 4 avril 1889 (*Reger*, IX, p. 468) donne pour motif que le refus, par le tribunal, de la permission demandée, « en règle », n'a pas le sens d'une décision terminant l'affaire ; en principe, elle se restreint à la demande telle qu'elle est présentée ». Cela rappellerait les principes de la revision et de la cassation (Comp. note 19 ci-dessus). Cf. dans ce sens aussi *Schulzenstein*, dans son rapport pour le XXVI Congrès de juristes allemands (Gutachten, II, p. 119). Mais on ne peut pas admettre une juridiction restreinte là où la loi ne l'a pas qualifiée ainsi. Si cela ne doit être qu'une interprétation de la volonté du tribunal, il y a lieu de demander pourquoi cette interprétation s'appli-

Digitized by Google

Par contre, si une permission ou une autorisation de ce genre a été accordée par jugement, cette permission est liée par la force de chose jugée au profit de celui qui a obtenu le jugement; elle ne pourra être révoquée sans son consentement, sans sa renonciation. Cela est incontestable. Mais il faut dire la même chose dans le cas où, sur l'opposition d'un voisin, l'autorisation de police, nécessaire à un établissement industriel, a été refusée par jugement : une nouvelle demande ne peut être accordée qu'avec le consentement de la partie adverse ; celle-ci, en effet, a acquis le droit de la partie sur l'acte de refus émis dans la forme d'un jugement (27).

que d'une manière si régulière à des permissions et autres actes de libre appréciation, et ne se rencontre pas pour les décisions proprement dites ? C'est que, évidemment, cette interprétation n'est qu'une formule pour reconnaître indirectement ce fait qu'il n'y a pas, dans ces cas, force de chose jugée absolue. Il n'y a pas d'autre explication possible que celle donnée par l'arrêt du 25 juillet 1879, qui est conforme au droit de la partie sur le jugement.

Loening, Verw. Arch., VII, p. 76 désapprouve cette jurisprudence de l'O. V. G., qui ne serait exacte que dans le cas où mes idées sur le droit de la partie sur le jugement seraient exactes. Il avait d'abord (p. 15) repoussé hautement ces idées comme n'ayant aucun fondement dans le droit positif. Or, maintenant que la jurisprudence de l'O. V. G. offre cette preuve, il la déclare inadmissible parce que, sans cela, « les idées de O. Mayer seraient exactes ». Cela me semble être un cercle bien vicieux.

(27) V. G. H. 13 juin 1889 (Samml. XI p. 262) : le refus d'une permission de police prononcé par jugement n'a pas l'autorité de la chose jugée. Mais « une force de chose jugée, en ce sens qu'il est créé un état de droit irréfragable, ne pourrait se produire qu'autant que, par le décret en question, il aurait été statué en même temps, en contentieux administratif, sur des droits et obligations entre la personne qui demande la permission et les personnes qui ont un intérêt contraire » O. V. G., 1er mars 1882 (Samml. VIII, p. 354) : la force de chose jugée n'empêche pas, en principe, de renouveler la demande quand une permission de police a été refusée par jugement ; il s'agit cependant d'examiner, s'il n'existe pas « des droits d'une personne privée ayant pris part au procès, qui s'opposeraient à cette nouvelle demande ». Le tribunal arrive au résultat suivant : malgré ces droits, la permission peut être accordée, parce que, la première fois, elle a été seulement refusée « pour le moment et dans la manière demandée » ; or, le pouvoir d'opposition reconnu à la partie privée par le juge « ne peut pas avoir un effet juridique qui irait plus loin que celui de la disposition de police par elle-même ». Le droit de la partie adverse

Digitized by Google

sur le premier jugement est ici très bien reconnu ; même, il est exact de dire que ce droit ne peut faire autre chose qu'empêcher qu'il ne se fasse rien de contraire à cette première « disposition de police ». La Cour aurait peut-être mieux fait de constater que les faits ont changé et qu'il n'y a plus *eadem res*, au lieu d'essayer de restreindre, par la voie d'interprétation, la portée du premier jugement. Mais, pour la question de principe qui nous occupe en ce moment, cela n'a pas d'importance.

---

§ 16.

Attributions des tribunaux civils

Les tribunaux ordinaires, constitués pour les matières civiles et pénales, exercent de différentes manières, par les jugements qu'ils rendent, une influence sur l'administration. De plus, ils peuvent être appelés directement à exercer une juridiction en matière administrative ; ils deviennent alors des institutions servant à la protection du droit, semblables à celles que nous venons d'examiner.

Les principes qui régissent ces attributions par rapport à l'administration doivent maintenant être étudiés.

I. — Les affaires à trancher par le tribunal civil doivent s'adapter aux formes fixées de sa procédure. Les intéressés se rencontrent devant le tribunal civil comme parties à droit égal, subordonnées à sa puissance d'autorité. Cela est également vrai de l'Etat lui-même, quand il doit figurer comme partie. Etait-il entré, vis-à-vis du sujet, dans un rapport de droit civil sur lequel il s'agit maintenant de statuer, dans ce cas, il s'est placé déjà, en dehors du procès, sur le terrain de l'égalité (comp. § 11, II, ci-dessus), et sa position comme partie n'est qu'une conséquence : à la réaction du droit civil correspond maintenant la réaction du droit de procédure. Mais cette dernière réaction peut aussi se produire directement et par elle seule. Le tribunal peut être déclaré compétent pour connaître des rapports de droit public entre

Digitized by Google

l'Etat et le sujet. Dans ce cas, l'Etat, dans le procès tout au moins, devient l'égal de l'adversaire; il est soumis comme lui à la puissance d'autorité du tribunal. C'est cette égalité dans le procès que l'on vise, quand le tribunal désigne, sous le nom de fisc, l'Etat qui comparaît devant lui (comp. § 11, III, n° 2 ci-dessus). Mais comme le fisc n'est traité ainsi que dans le procès et pour le procès, comme il reprend aussitôt, en dehors du procès, la situation naturelle de l'Etat en tant que personnification de la puissance publique, la procédure peut être entourée de rapports d'un autre caractère dont elle n'est qu'un épisode.

1) L'administration qui, devant le tribunal, se présente comme partie peut, en dehors du procès, avoir agi comme puissance publique sur le rapport soumis à l'appréciation du tribunal, et lui avoir donné une détermination juridique.

Mais il faut ici distinguer :

Dans beaucoup d'affaires qui doivent être portées devant les tribunaux civils, les autorités administratives sont compétentes pour prendre des mesures provisoires, pour créer, comme l'on dit, un *provisoire administratif* (*Verwaltungsprovisorium*). Il y a toujours alors un intérêt public qui exige un résultat immédiat. La contestation en elle-même peut concerner des rapports de droit civil ou de droit public et exister entre des personnes privées seulement ou entre des personnes privées et l'Etat. Cette mesure provisoire ne change en rien la situation du tribunal civil ; elle est indifférente pour sa décision ; elle disparaît, dès que le tribunal s'est prononcé (1).

(1) Nous trouvons de ces provisoires entre personnes privées dans : Gewerbe Ordnung § 75, § 120 c. ; Strand Ordn. du 17 mai 1874, § 36 ss. Les législations particulières établissent ces « compétences de police » surtout dans les règlements pour les domestiques, pour les déguerpissements forcés et affaires semblables. Entre personnes privées et le

L'autre catégorie d'affaires est plus significative. Il s'agit d'affaires de droit public que l'autorité administrative doit *terminer* par son acte administratif ; mais contre l'ordre de l'autorité administrative on peut recourir, dans un certain délai, devant le tribunal civil ; celui-ci statue alors comme un tribunal administratif en justice subséquente : s'il infirme, sa décision remplace l'acte administratif ; s'il rejette le recours, cet acte subsiste valable et exécutoire pour régler le rapport avec sa propre force. Mais à la différence de ce qui se produirait en justice administrative, l'Etat a figuré lui-même comme partie devant le tribunal : le jugement, par conséquent, passe en force de chose jugée, pour lui comme pour son adversaire (2).

2) La particularité de la partie fisc se fait sentir d'un autre côté encore, quand il s'agit d'exécuter le jugement rendu contre elle. Il y a des moyens d'exécution de la procédure civile, qui, par leur nature, sont inapplicables ; en particulier, ceux qui tendent à réaliser directement une obligation de faire ou de ne pas faire (C. proc. § 888, 890). Il sera surtout question du paiement forcé d'une somme d'argent. Cette exécution est remplacée par la *voie administrative* (3). Cela aboutit tout simplement à transporter l'affaire sur le

fisc ou la commune : Prusse, Ord., 26 déc. 1808, § 42 ; Bavière, Gew. Ord. art. 158 ; Alsace Lorraine, L. d'exéc. de la C. P. Ordn., § 17. Pour les détails : *Foerstemann*, Pol. R., p. 276 ss. ; *Hauser* dans Ztschft f. Reichs. u. Landes. R. IV, p. 244 ss ; *v. Sarwey*, Oeff. P. u. V. R. Pfl. p. 628.

(2) Exemples : R. Beamtengesetz. 21 mars 1879, § 150 (droits pécuniaires des fonctionnaires de l'Empire) ; § 134 ss. (décision sur un déficit de caisse). Cette procédure est appliquée dans une large proportion, quand il s'agit de statuer sur une indemnité de droit public : lois d'Emp. 21 déc. 1871 § 40, 13 juin 1873 § 30, 13 février 1875 § 13 ss.

(3) E. G. z. C. P. Ordn. § 15, chiff. 4. Même, en dehors des prescriptions expresses de la législation particulière, la chose peut être considérée comme allant de soi ; l'admission de la réaction du droit de la procédure doit cesser ici. Comp. Sächs. Ztschft f. Pr., p. 239 (*Sichenhaar*) et III, p. 49 (Berger).

Digitized by Google

terrain du droit public. Le débiteur, au lieu d'être contraint par une saisie, exécute d'autorité le jugement, comme il ferait d'un acte administratif et comme s'il ne s'agissait que de remplir les obligations caractéristiques du pouvoir exécutif en présence d'un acte pareil. Refuser cette exécution serait une violation du droit public (4).

II. — Des affaires administratives, c'est-à-dire des rapports de droit public résultant de l'administration, ne sont pas seulement attribuées à la juridiction des tribunaux civils par des lois spéciales et expresses ; il faut y comprendre aussi, dans une forte proportion, les affaires destinées à former la compétence ordinaire des tribunaux civils, les *contestations de droit civil (Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten)*. Cela dépend de la manière particulière dont celles-ci ont été définies.

Le droit de l'Empire (*Gerichts-Verwaltungs-Gesetz* § 13) suppose la notion comme donnée d'avance, le caractère distinctif devant se trouver dans l'objet et la nature de la prétention en question (5). Ce caractère s'est fixé dans ce sens à l'époque où, sous le régime de la police, s'est opérée la séparation de la justice et de l'administration (comp. § 4, III, ci-dessus) : la sphère de l'administration, appelée par euphémisme la sphère du droit public, est rendue inaccessible aux tribunaux ; ce qui lui reste — les contestations de droit civil — signifie, comme le nom l'indique, la *prétention résultant de rapports de droit civil* (6).

(4) Mot. z. Württemb. Ausf. Ges. du 18 août 1878 (*Schmidlin*, Justizges., II, p. 219).

(5) Mot. z. Entw. des Ger. Verw. Gesetzs dans *Hahn*, Mat., I, p. 48 ; *Häppner*, dans Arch. f. civ. Pr. LXIX, p. 434 ss., p. 444, note 14 ; *v. Sarwey*, Œff. R. u. V. R. Pfl., p. 278.

(6) *Sydow*, Zulässigk. d. R. Wegs u. Komp. Konfl., Introd. XI ss. ; *Schulze*, Preuss. St. R. II, p. 134 ss. ; *Leuthold*, Sächs. V. R. p. 140, note 2 ; *Brater* dans Bl. f. adm. Pr. V. p. 100 ; *Wach*. C. Pr. R. I p. 86 ; *Laband*, St. R. éd. all., II, p. 347, (éd. franç., IV, p. 170).

Sur ce point, il n'y a pas de controverse. La difficulté commence seulement avec la question suivante : quand y a-t-il rapports de droit civil ? quand y a-t-il rapports du droit public ? Ici, en effet, il ne s'agit pas d'appliquer des textes de loi, mais de comprendre la nature juridique du rapport. Or, cette nature même varie et subit des transformations à peine perceptibles. Nous nous trouvons, en ce moment, en plein travail pour tirer les conséquences des changements intervenus dans la nature du droit public (comp. § 5, introd., § 11, II). Nous croyons, il est vrai, pouvoir dire exactement ce qui, à l'époque actuelle, doit être entendu dans le sens du droit civil et ce qui doit l'être dans le sens du droit public. La conviction de ce qui seul répond à la vérité gagne toujours plus de partisans. Mais, à côté de cela, il est un fait incontestable, à savoir que la compétence des tribunaux est *aujourd'hui encore* maintenue sur la base de la délimitation du droit civil et de la contestation de droit civil, qui répondent à la manière de voir propre au régime de la police telle que nous l'avons exposée au § 4, III, n° 2 ci-dessus (7).

Faut-il vouloir provoquer ici une révolution dans le sens d'une réalisation de la doctrine nouvelle ? Ou bien faut-il plutôt corriger cette doctrine en conséquence ? (8) Ni l'un ni l'autre. Il faut nous en tenir à

(7) Dès qu'il s'agit d'une question de « droit pécuniaire », la voie de droit est censée être admise, à moins qu'elle ne soit spécialement exclue. *Gneist*, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, p. 182, sans en avoir l'intention, rend un témoignage énergique à cette manière de voir, en déclarant, comme une conséquence de ce qu'il appelle « la négation absolue du régime du droit en France », qu'il y a, en France, « la justice attributive des autorités administratives dans des contestations de droit pécuniaire ». Il s'agit là d'affaires de droit public qui, en dernier ressort, passent pleinement au contentieux administratif. *Gneist* considère cela comme une spoliation des tribunaux civils.

(8) C'est ce qu'ont essayé de faire, par des procédés un peu gauches, *Wach*, C. Pr. R. p. 97 pour l'indemnité d'expropriation, et *v. Sarwey*, Œff. R. u. V. R. Pfl. pour le salaire des fonctionnaires. Comp. aussi *Loening*, V. R. p. 785 et la note 3 in f.

ceci, que la sphère du droit civil est autrement délimitée, pour l'appréciation du droit matériel, que pour la contestation de droit civil qui en dépend. Pour cette dernière, en effet, elle est fixée par des règles de droit positif qui se sont interposées.

Quand une loi expresse a été rendue qui dit : les contestations résultant de rapports de droit civil seront portées devant les tribunaux, elle renvoie sans aucun doute à la doctrine relative à la délimitation de ces rapports. Mais elle ne donne pas un blanc-seing que l'on peut remplir discrétionnairement ; elle adopte comme partie de ses propres dispositions la doctrine existante à l'époque. Il en est de même d'une loi qui constitue simplement des tribunaux civils : ceux-ci sont constitués tacitement pour des contestations de droit civil : sont considérées comme contestations de droit civil les contestations résultant de rapports de droit civil, et comme rapports de droit civil ceux que reconnaît la manière de voir propre à cette époque. D'ailleurs, tous les règlements qui ont créé jadis l'organisation judiciaire de nos territoires empruntent leurs délimitations officielles des affaires de droit public et des affaires de droit civil plus ou moins directement à la manière de voir du régime de la police, à l'époque duquel ils appartiennent. Les réorganisations survenues depuis lors sont censées avoir adopté purement et simplement les délimitations de compétence qui en étaient résultées, à moins qu'elles n'aient statué autrement, ce qui, comme l'on sait, n'a pas eu lieu. En présence de ces faits, la doctrine peut bien déclarer qu'aujourd'hui il faut considérer comme étant de droit public — et l'apprécier en conséquence — ce qui jadis a été considéré comme appartenant au droit civil. Mais elle n'a pas le pouvoir de dire que cela n'appartient plus aujourd'hui aux tribunaux civils. Nous avons, en effet, la loi qui a voulu traiter ces

affaires, en ce qui concerne la compétence des tribunaux civils, comme contestations de droit civil ; et cette volonté subsiste.

Cette situation juridique, la loi d'organisation judiciaire (*Ger. Verw. Gesetz*, § 13) l'a mise sous la protection du droit de l'Empire (9). La contestation de droit civil est donc une notion qui n'est pas tout à fait simple. Elle signifie une affaire qui, d'après la manière de voir de la première moitié du XIXe siècle, est à considérer comme étant de droit civil, et, par conséquent, appartient à la compétence générale du tribunal civil dans le sens de nos lois fondamentales sur l'organisation judiciaire (10).

(9) Cette protection veut dire que des contestations de droit civil appartiennent à la compétence des tribunaux civils et ne peuvent leur être enlevées qu'en statuant en même temps sur la compétence d'une autorité administrative ou d'un tribunal administratif. E. G. z. C. Pr. Ord. § 4 ajoute encore la restriction que, même dans ces conditions, ce dépouillement ne peut pas être fait au profit du fisc. Le député *v. Puttkamer*, sur la motion duquel le § 4 a été adopté, a donné l'explication suivante de ce que ce paragraphe défend : « Les procès civils du fisc et de la commune ne doivent pas, dans les cas où des procès de même nature entre personnes privées appartiennent aux tribunaux ordinaires, être enlevés à ces derniers parce que le fisc ou la commune est intéressé ». (*Hahn*, Mat. z. C. Pr. ord. p. 1281). La dernière phrase : « parce que etc. » veut dire : car, alors il est à présumer qu'on les a enlevés pour ce seul motif que le fisc ou la commune est intéressé.

(10) La notion de la contestation de droit civil, d'après ce que nous venons d'exposer, ne serait pas définie par le droit commun de l'Empire, mais seulement confirmée par le droit commun de chaque pays, telle qu'elle s'était formée jusque-là dans sa législation particulière. Lors des débats sur la C. Pr. Ord. et le Ger. Ver. Gesetz, il a été observé, à plusieurs reprises, que c'est le droit particulier qui détermine la notion. Le droit particulier, nous l'avons dit, l'a fait partout dans le sens de l'époque du régime de la police. Mais il pouvait cependant encore y avoir des différences, l'un ou l'autre de nos Etats s'étant peut-être déjà, plus que les autres, éloigné de cette manière de voir et ayant été déjà plus disposé à reconnaître, dans les affaires de droit pécuniaire, un droit public. On en aurait pu faire des constatations. Mais, sans faire attention à la contradiction qu'il y a dans les conséquences du renvoi au droit particulier, on adopte aussitôt l'idée que la notion de la contestation de droit civil, dans le sens de la loi d'Empire, doit être *une*, à savoir celle de la majorité, ou pour mieux dire celle du droit prussien. Cela éclate déjà d'une manière assez remarquable, à raison du fait que la prescription du § 4, E. G. z. C. Pr.

Digitized by Google

III. — Quand le tribunal est appelé à décider une affaire de droit civil, entendue dans le sens que nous venons de fixer, cette décision peut dépendre de l'appréciation d'un rapport de droit public, c'est-à-dire d'un rapport sur lequel ce ne serait pas le tribunal, mais

Ordn. visait spécialement l'Alsace-Lorraine. Le droit français qui était encore en vigueur dans ce pays s'était, au temps de la Révolution, émancipé de la délimitation du droit civil qui caractérise le régime de la police et n'en avait pas gardé des traces dans la délimitation de la compétence des tribunaux civils. De nombreuses prétentions de droit pécuniaire, considérées comme étant de droit public, allaient donc devant les tribunaux administratifs ou autorités administratives, au lieu d'aller devant les tribunaux civils, comme d'ailleurs en Allemagne ; elles n'étaient pas, dans le sens du droit particulier, des contestations de droit civil. Si donc la notion de la contestation de droit civil dépendait, comme on l'affirmait toujours, du droit particulier, ni le G. V. G. § 13, ni l'E. G. z. C. Pr. O. § 14, ne pouvaient opérer le moindre changement en Alsace-Lorraine. Néanmoins, on croyait pouvoir faire valoir ici cette notion comme ayant un sens propre et de droit commun. C'est ainsi que déjà le député *v. Puttkamer* a motivé le § 4 par le raisonnement qu'en Alsace-Lorraine, dont la justice administrative était détruite, il importerait « d'être très discret pour enlever des contestations aux tribunaux et pour ne pas se mettre en contradiction avec ce qui, en Allemagne, serait pour ainsi dire de droit commun » (*Hahn*, Mat : z. C. Pr. O. p. 1179). La législation d'exécution en Alsace-Lorraine s'est accommodée à cette manière de voir, modifiant le droit du pays en ce sens que des prétentions de droit pécuniaire, même appartenant au droit public, ont été attribuées aux tribunaux civils. Par conséquent, une notion de la contestation de droit civil dépendant d'un droit commun et qui n'est autre que celle de l'ancien régime de la police, a immédiatement commencé à exercer son influence pratique. — Depuis lors, le tribunal de l'Empire — ce qui est bien naturel — a donné une forte impulsion dans la même direction. Il dit que, dans ces affaires, la voie de droit est admissible « en soi » : R. Ger. 15 mars 1882 ; (Samml. V, p. 207), 1er juillet 1881 ; (Samml. V, p. 38). En soi, cela veut dire que, selon la nature des choses, les tribunaux sont compétents pour toutes les affaires réputées affaires civiles d'après l'ancienne doctrine du fisc et la manière de voir du régime de la police, sauf aux législations particulières à y apporter des exceptions. Cette maxime tient compte des lacunes que cette législation peut laisser. Elle a surtout permis d'établir, vis-à-vis de l'Empire même, une notion de contestation de droit civil qui rend l'Empire justiciable des tribunaux civils. Le tribunal d'Empire s'en sert en ce sens surtout dans l'arrêt du 1er juillet 1881 que nous venons de citer. Quand le droit de l'Empire, dit-il, n'a rien ordonné sur la compétence civile par rapport à l'Empire, on ne peut pas chercher le complément nécessaire dans le droit d'un Etat particulier quelconque ; mais la décision dépend exclusivement « des règles existantes selon les principes généraux du droit public quant à la délimitation des sphères de la justice et de l'administration et quant à la question

l'administration, qui aurait à statuer directement. La même chose se présente pour les tribunaux criminels, le plus souvent sous cette forme que la condamnation ou l'acquittement dépendent de la validité d'un acte administratif. Dans quelle mesure cette question de droit public préjudicielle influe-t-elle sur la compétence ? C'est sur ce point qu'éclate la différence principale de la manière allemande et de la manière française touchant le partage des attributions. On a souvent essayé d'imiter le système français, sans se rendre compte qu'il a eu son point de départ dans des antécédents historiques qui nous sont étrangers. C'est sous l'influence des anciennes luttes entre l'administration royale et les Parlements que la défense rigoureuse fut établie, en vue d'exclure toute influence, même indirecte, des tribunaux. Elle est formulée comme une intangibilité de l'acte administratif à l'égard des tribunaux. Ceux-ci ne doivent pas faire ce qui revient à l'administration, cela va sans dire ; c'est déjà compris dans la règle générale qui les restreint à des affaires de droit civil. Mais, même en statuant sur des affaires de droit civil, les tribunaux ne doivent pas faire reposer leur décision sur l'appréciation d'un acte administratif quant à sa validité ou à sa portée, ni sur une interprétation de son sens devenu douteux. Dès qu'il y a lieu de procéder à une appréciation de ce genre, le tribunal doit surseoir et attendre que, par la voie administrative ou par la voie du contentieux

de savoir s'il s'agit d'une prétention à poursuivre devant les tribunaux ou d'une mesure administrative (Samml. V, p. 41). Enfin, R. G., 2 février 1884 (Samml. XI, p. 65) établit directement une maxime valable pour toute l'Allemagne, maxime dont, même avant la fondation du nouvel Empire, « la conviction s'est éveillée d'une manière générale », et qui est ainsi formulée : « Les tribunaux ordinaires sont appelés à décider des contestations de droit pécuniaire, même si, pour cette décision, des règles de droit public doivent être appliquées ».

Digitized by Google

administratif la question préjudicielle soit vidée ; au cas contraire, le tribunal dépasse sa compétence (11).

En Allemagne, une pareille hostilité entre la justice et l'administration n'a jamais existé ; dans l'une et dans l'autre, c'est la même classe de fonctionnaires ayant passé par la même instruction professionnelle. Le rapport entre tribunal et autorité administrative est déterminé par les mêmes règles que le rapport entre tribunal et tribunal : aucune autorité ne doit vouloir régler ce qui est *réservé* à une autre autorité ; chacune doit laisser produire effet à ce que l'autre autorité *a réglé* dans la sphère de sa compétence. Ces deux maximes s'appliquent également à la question préjudicielle (12).

Ni pour le tribunal, ni pour l'administration, il n'y a une limite apportée à son activité à raison de ce seul fait que la question préjudicielle appartient à une sphère de droit autre que celle qui est confiée spécialement à chacun. Leur compétence dans l'affaire même étant donnée, ils sont appelés tous les deux à expliquer le droit qui s'y rapporte, quel que soit ce droit. Peut-être émettent-ils ainsi une opinion sur une question dont la décision appartient à une autorité de l'autre branche ; mais cela n'est pas encore par lui seul un empiètement sur la compétence étrangère (13). Que la question préjudicielle appartienne à la sphère d'une autre autorité, cela n'a d'importance juridique que dans le cas d'une connexité plus intense. Cela se produira dans les conditions suivantes :

1) *L'exactitude matérielle* de ce que le jugement ou

(11) *Otto Mayer*, Theorie des Franz. V. R., p. 92 ss., Comp. § 5, I.

(12) *V. Sarwey*, öeff. R. u. Verw. R. Pfl., p. 674 ss. ; *Lippmann* dans Annalen 1885, p. 457. Il peut y avoir des attributions spéciales pour contrôler un acte étranger ; c'est une question à part.

(13) *Wach*, C. Pr. R., I, p. 84 ; *Hauser*, dans Ztschft f. R. u. L. R., IV, p. 261 ss. ; R. G. 21 janvier 1886 (Samml. XV, p. 239) ; C. C. H. 14 mars 1885.

l'acte administratif ordonne, peut dépendre de la manière dont l'autre autorité règle le point qui appartient à sa compétence et qui ne figure ici que comme question préjudicielle. Il faut alors prendre pour base ce que cette dernière autorité a ordonné. Si l'on n'en tient pas compte, la décision, par cela seul, n'excède pas la compétence ; mais la question de savoir si la décision est conforme ou non aux circonstances dépendra de ce que l'autre autorité aura déclaré sur ce point. L'acte risque donc, selon les cas, d'avoir un tout autre effet que celui qu'il devait avoir et de faire tort aux intéressés (14).

2) La connexité entre les compétences réciproques peut aussi être telle qu'une solution contradictoire de la question préjudicielle présente, en même temps, un *empiètement sur la compétence de l'autre autorité* et enlève à l'acte de cette dernière l'effet qui lui revient. En règle, cela est évité, parce que l'un et l'autre jugement du tribunal, comme actes administratifs, ont leur sphère à eux, dans laquelle ils subsistent dans leur validité chacun indépendamment de l'autre. L'empiètement ne devient possible que dans le cas où les compétences de l'un étendent leurs effets directs dans la sphère de l'autre (15).

Nous en trouvons des exemples dans les provisoires de police en matière civile (note 1 ci-dessus) : les solutions adoptées par le tribunal sur les questions

(14) C'est ce que *Hauser, loc. cit.*, p. 264 semble vouloir dire. *Brater*, dans Bl. f. adm. Pr., donne pour exemple le cas où l'on assigne quelqu'un en restitution d'impôts qu'on prétend avoir payés pour lui. C'est spécialement ici que le pouvoir du tribunal d'ordonner, en vertu du § 148 C. Pr O., un sursis aux débats, deviendra pratique. — Quand la décision de l'autorité administrative est rendue, le tribunal n'est nullement lié par elle en ce sens qu'il dépasserait sa compétence s'il ne s'y conformait pas ; il lui faut seulement y avoir égard pour bien juger ; *Gaupp*, C. Pr. O., I, p. 303.

(15) *Brater*, dans Bl. f. adm. Pr. V, p. 146 : « Quand, selon la matière de l'affaire, ce jugement produirait des effets pratiques sur le terrain du droit public ».

Digitized by Google

préjudicielles de droit civil qui se présentent à l'autorité de police, sont obligatoires pour cette dernière ; une disposition qu'elle aurait prise en contradiction avec ces solutions excéderait sa compétence, car elle enlève au jugement son effet dans sa propre sphère.

D'un autre côté, le tribunal civil a également l'occasion d'empiéter sur les effets directs d'un acte administratif, et cela d'une manière beaucoup plus variée. Une compétence sur un rapport de droit public peut lui avoir été attribuée. Quand, contrairement à son devoir, le tribunal civil néglige de tenir compte de ce que l'administration a déjà réglé dans ce rapport et prend une décision contraire, son jugement n'est pas seulement mal fondé comme dans le cas n. 1, il excède en même temps sa compétence (16).

3) Il peut enfin arriver que la question préjudicielle, en réalité, soit non pas une question préjudicielle, mais la *question principale*. Ce cas se présente surtout quand, par une mesure administrative, il a été porté atteinte à un rapport de droit civil, à la propriété par exemple ou à la possession, et qu'on forme une demande devant le tribunal pour la protection du droit et une demande en restitution. Mais ce n'est qu'en apparence que la validité de la mesure forme une question préjudicielle dont la solution négative laisserait libre cours à la protection de la propriété et de la pos-

(16) Quand le tribunal, selon R. Beamten Ges., § 149, statue sur des prétentions de salaire, il doit observer les actes administratifs intervenus pour destitution, mise à la retraite, etc. ; s'il ne s'y tient pas, il empiète sur leur effet quant au droit au salaire ; il excède sa compétence : R. G. 24 mars 1882 (Samml., VI. p. 106). On ne peut pas comparer à cela la connexité juridique qui existe entre l'acte d'expropriation et la demande en indemnité (*Hauser* dans Ztschft, f. R. u. L. R., IV, p. 253 et *Gaupp*, C. Pr. O., I, pp. 30 ss. : Quand le tribunal, statuant sur l'indemnité, ne reconnaît pas l'expropriation comme valable, il juge peut-être mal, en rejetant par exemple, pour ce motif, la demande ; mais il ne dépasse pas sa compétence, l'effet de l'acte administratif restant intact. La question préjudicielle, dans ce cas, est de l'espèce dont nous parlions au n° 1.

session qu'on réclame. En réalité, la propriété et la possession ne sont pas en question ; la demande tend directement à priver d'effet la mesure administrative, laquelle est de droit public. Mais cela n'est pas une contestation de droit civil ; le tribunal est incompétent. Ici, comme partout, ce qui importe, ce n'est pas de savoir comment la demande se désigne elle-même, c'est de savoir ce qu'elle est en réalité (17).

IV. — Pour protéger les limites de la compétence judiciaire, existe l'institution du *conflit d'attributions*. Cette institution vise exclusivement les tribunaux, à l'effet de protéger l'administration contre leurs empiétements. Pour l'apprécier à sa juste valeur, il faut se représenter le rapport fondamental qui forme son point de départ.

Chaque autorité est obligée de laisser produire effet à l'acte de l'autre autorité, lorsque celle-ci l'a accompli dans les limites de sa compétence. Tout acte d'autorité qui ne sort pas tout à fait du cercle des pouvoirs de l'autorité dont il émane, affirme par lui-même, d'une manière obligatoire à l'égard des sujets, sa validité (comp. § 8, note 7), et à l'égard des autres autorités sa compétence. Ces règles cessent cependant d'être applicables quand, dans la même affaire, la compétence est revendiquée de deux côtés, quand, par suite, on prétend qu'il y a empiétement de la part

(17) Exemples : C. C. H. 26 nov. 1853 (demande en nullité d'un bail à ferme conclu au nom de la commune dans l'exercice de la tutelle administrative) ; Hesse, V. G. H., 5 juin 1886 (*Reger*, VIII, p. 131 : revendication de la propriété d'imprimés saisis par la police). Nous aurons aussi à mentionner ici le principe reconnu dans le droit Prussien, à savoir que l'action possessoire n'est pas admissible contre des actes de police : C. C. H., 11 février 1875 (J. M. Bl. 1875, p. 99) ; C. Tr., 3 oct. 1877 (Str., 98, p. 34). Si le Bayr. Ob. G. H., 28 nov. 1877 (Samml, VIII, p, 132) semble être d'une opinion différente, cela tient à une controverse dont nous parlerons au titre des servitudes de droit public. — R. G., 15 mars 1882 (Samml, VI, p. 204) fait revivre les principes de la juridiction de l'ancien Reichs-Kammergericht et de l'Ober. Appelations Gericht Kassel.

de l'autre autorité. Il y a alors puissance publique contre puissance publique ; chaque autorité refuse à l'acte de l'autre autorité son effet, pour l'étendue tout au moins de sa propre sphère de pouvoir. Tel est le résultat naturel.

En faveur des tribunaux civils, on n'hésite pas à reconnaître qu'ils sont autorisés, de la manière indiquée, à ne pas laisser produire effet à l'acte d'une autorité administrative qui prétendrait décider une affaire leur appartenant (18).

On devrait admettre un pouvoir correspondant au profit des autorités administratives. Mais, en réalité, ce pouvoir n'existe pas. Les tribunaux jouissent d'une *prépondérance historique*. Autrefois, seuls les actes de la justice étaient censés appartenir à l'ordre juridique ; seuls ils obtenaient le respect général qui est dû au droit. L'administration n'était que la force ; elle défendait son indépendance vis-à-vis de la justice par des coups de force. Depuis lors, l'administration, elle aussi, a été organisée dans les formes du droit ; son acte administratif détermine ce qui doit être de droit tout aussi bien que le jugement civil. Mais la prépondérance historique du jugement civil subsiste. Les autorités administratives continuent à être tenues de respecter le jugement civil, même quand elles prétendent qu'il empiète sur leur compétence. Mais l'ancienne défense par la force a été remplacée à leur profit par un moyen de droit dont l'administration doit se servir en temps et lieu, afin de repousser l'empiétement. C'est le conflit d'attributions. Le droit français, de même qu'il nous a devancés dans le développement de l'Etat sous le régime du droit, a également le premier organisé ce moyen de droit. Les législations allemandes l'ont imité les unes après les autres.

(18) *Seuffert*, Com. z. Bayr. G. O. I, p. 165.

Digitized by Google

Le droit actuel a reçu des bases communes en vertu des règles inscrites dans la loi sur l'organisation judiciaire (*Ger. Verw. Ges.*, § 17). Le point de départ est dans ces mots : « Les tribunaux décident sur les questions d'attribution de juridiction ». Tout acte d'autorité, nous le savons, contient aussi une décision sur la compétence de l'autorité dont il émane. Décider, cela s'entend ici dans un sens spécial ; cela veut dire : décider d'une manière obligatoire même pour l'autorité administrative qui prétendrait de son côté être compétente. La prépondérance historique des actes judiciaires est ainsi confirmée de nouveau (19).

D'un autre côté, les législations particulières ont été laissées libres de prescrire la procédure du conflit d'attributions, telle qu'elle existait jusqu'alors. Les lois d'exécution en ont profité presque partout ; elles ont ménagé ainsi à l'administration le moyen de maintenir, dans une certaine mesure, vis-à-vis de cette prépondérance, sa dignité juridique (20).

Dans cette situation, c'est faire preuve d'une vue

(19) *Loening*, V. R., pp. 789. 790 ; c'est à tort que la prépondérance est ramenée ici à la force de la chose jugée dont les jugements des tribunaux civils sont susceptibles ; elle existe également vis-à-vis des *tribunaux* administratifs. — Lors des débats au sein de la commission sur le § 17 G. V. G., on confondait la décision prépondérante qu'on voulait attribuer aux tribunaux avec la décision à valeur égale qui appartiendrait, par la nature des choses, tant aux tribunaux administratifs qu'aux autorités administratives (*Hahn*, Mat., pp. 684, 685). Cependant, il a aussi été dit, « que, vis-à-vis de l'administration, la décision du tribunal est naturellement obligatoire ».

(20) Le ministre prussien de la justice a bien senti qu'il ne s'agissait que de cela, en observant, au cours des débats devant le Reichstag, que le refus de ce moyen de porter remède équivaut à « une diminution des tribunaux administratifs ; les tribunaux administratifs deviennent des tribunaux de seconde classe » (*Hahn*, Mat. II, p. 1173). Mais c'était justement ce que voulait le député *Bähr* (*Hahn*, Mat. I, p. 690). — Très remarquable le passage de *v. Sarwey*, öff. R. u. V. R. Pfl., pp. 673 ss., où il est argumenté en faveur d'une égalité complète et, par conséquent, en faveur d'un droit de conflit pour les deux côtés. Le droit Württembergeois, il est vrai, avait, par exception, admis, pendant un certain temps, ce conflit double ; *Schmidlin*, Justizges., II, p. 472.

Digitized by Google

très bornée que de prétendre que l'administration, par cette institution, a été placée dans une situation privilégiée par rapport à la justice.

Pour le détail, il faut observer ce qui suit :

1) Le conflit d'attributions forme contrepoids au privilège qui appartient au tribunal de décider sur sa compétence d'une manière obligatoire, même pour l'administration qui invoque sa compétence propre. Il remplace le droit qu'avait l'administration de défendre elle-même sa compétence, droit qui lui a été enlevé par ce privilège. Par suite, l'affirmation de la compétence de l'administration en cette affaire est la condition indispensable pour que le conflit puisse être élevé. Il ne suffit pas que la demande introduite devant le tribunal soit de nature à troubler, d'une autre manière, l'activité de l'administration ou à porter préjudice aux intérêts qui lui sont confiés (21).

Mais il importe peu que cette compétence de l'administration appartienne à une simple autorité ou à un tribunal administratif ; vis-à-vis de ce dernier aussi, existe la prépondérance du tribunal civil ; par conséquent, le moyen protecteur du conflit convient également (22).

(21) *V. Sarwey* dans Württemb. Arch. f. R., IV, pp. 336 ss. : Bayr. C. C. H. 4 mars 1885 : le conflit d'attributions, élevé par le ministre bavarois des affaires étrangères contre des mesures d'exécution que le tribunal dirigeait contre le fisc autrichien, a été déclaré non recevable, parce que le ministre « ne prétendait à aucune autre compétence que celle de prévenir des troubles dans les relations amicales de voisinage avec l'Etat autrichien ». — Il n'est pas nécessaire que l'administration réclame pour elle un pouvoir de juridiction (*Gerichtsbarkeit*), comme le propose *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, II, pp. 532 ss. Le mot « décision » dans l'art. 5 de la loi bavaroise de 1850 n'est pas entendu dans le sens strict de la terminologie juridique moderne. Le conflit d'attributions est également admis en faveur d'une disposition avec libre appréciation : *Matthäus*, Grenzen der civilgerichtlichen und adm. Zuständigkeit, pp. 45 ss.

(22) Prusse, A. L. V. Gesetz, § 113, al. 1 ; Ord., 1er août 1879, § 5, al. 2 ; Württemberg, loi 4 août 1879, art. 4. Le jugement civil est même préférable au jugement administratif passé en force de chose jugée : *v. Sarwey*, öff. R. u. V. R. Pff., p. 686.

2) La défense personnelle de la compétence s'exécuterait directement par toute autorité qui serait dans le cas de maintenir sa compétence, lorsque l'affaire passerait entre ses mains.

La défense par la voie du conflit d'attributions se fait uniformément au profit de l'administration entière par une autorité administrative supérieure qui est chargée par la loi de pourvoir à cet intérêt ; elle est dirigée contre la justice entière et non pas contre le tribunal saisi de l'affaire (23). Cela doit se produire dans un délai limité. Le conflit d'attributions n'est pas possible vis-à-vis d'un jugement civil passé en force de chose jugée. Cela ne résulte pas de la nature de la chose jugée ; cette époque n'a été choisie par la loi que parce qu'elle est la plus pratique (24). Ce choix ayant été fait, il est devenu nécessaire, d'autre part, d'avancer, autant que possible, le moment où le conflit commence à être recevable ; sans quoi, on serait trop vite déchu de la faculté de le former : il suffit que le tribunal ait été saisi de l'affaire ou qu'il se soit prononcé sur sa compétence propre : la fixation de ce point n'est aussi qu'une question d'utilité (25).

3) Le conflit d'attributions une fois élevé a pour effet d'interrompre la procédure judiciaire jusqu'à ce qu'il ait été décidé par l'autorité constituée à cet effet, à savoir la *Cour de conflits d'attributions*. La décision est prise après avoir entendu les intéressés dans leurs observations écrites, mémoires de l'autorité administrative poursuivante et de son supérieur central, avis

(23) *Nadbyl* dans Wörterbuch, I, p. 814. Quand on dit qu'il s'agit d'une « décision entre tribunaux administratifs et autorités administratives et sur une contestation qui s'élève entre eux » (G. V. G., § 17, al. 2 ; *Struckmann et Koch*, Preuss. Ausf. Ges., p. 521), ce n'est qu'une métaphore ; ce ne sont pas des parties.

(24) Peu importe donc qu'il soit illogiquement choisi, comme le prétend *v. Sarway*, öff. R. u. V. R. Pfl.

(25) O. V. G. 28 mars 1868 ; *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, II, pp. 545 ss.

du tribunal saisi et de son instance supérieure, conclusions des parties au procès interrompu ; il y aura encore, à la fin, des débats oraux publics dans lesquels un représentant de l'administration spécialement commis à cet effet, les parties originaires, ainsi que le procureur près la Cour des conflits, s'il y en a un, auront la parole.

Malgré cette assistance nombreuse, il n'y a pas, devant la Cour des conflits d'attributions, de *parties*. Les différents *fonctionnaires* qui lui présentent, oralement ou par écrit, leurs avis et conclusions, ne sont pas des parties ; ils ne sont pas les personnes à l'égard desquelles la décision produira son effet. Il y a des personnes qui sont appelées à jouer un rôle de partie dans l'intérêt de la procédure, analogue à celui du ministère public dans la procédure criminelle ; d'autres personnes n'ont pas même ce rôle à jouer.

Les *parties au procès interrompu* sont admises à ce titre dans la procédure du conflit ; mais elles ne sont pas pour cela des parties pour cette procédure. Elles n'y ont même pas un rôle de partie propre ; elles ne sont que des spectateurs intéressés au véritable litige, en quelque sorte à la manière des propriétaires intéressés, quand il y a contestation sur la ligne séparative de deux communes (26).

Les véritables litigants, ceux pour lesquels la décision doit produire son effet, sont en réalité l'*administration* d'une part, la *justice* de l'autre ; il est décidé sur les limites de leurs pouvoirs. Mais admi-

(26) *Oppenhoff*, Ressortverh., p. 472 ; *Lœning*, V. R., p. 792, note 3. *Wach*, C. Pr. R., I, p. 106, note, croit devoir reconnaître des parties, parce que, sans cela, il ne s'expliquerait pas comment la décision puisse avoir un effet sur les parties originaires et sur les autorités. Mais des décrets et des actes administratifs produisent également leurs effets. — D'après le droit français, il y a eu même, pendant longtemps, controverse sur le point de savoir si les parties originaires pouvaient être entendues : *Block*, Dict., v° Conflit, n°s 136, 137.

nistration et justice ne sont pas des personnes. Il n'y a donc pas de personne pour laquelle la décision passera en force de chose jugée ; par conséquent, il n'y a pas de force de chose jugée, laquelle, par sa nature, suppose des parties.

Par conséquent, la décision de la Cour des conflits bien qu'elle ait la forme extérieure d'un jugement, ne peut pas en avoir la valeur ordinaire. Si on lui laisse le nom de jugement, il ne faut pas se croire dispensé par là d'en expliquer la véritable nature.

4) La nature de la décision est très différente selon qu'elle donne ou non suite au conflit élevé. Dans le premier cas, il est déclaré que la *voie judiciaire n'est pas admise*. Ce n'est pas un jugement d'incompétence. La décision ne décide rien sur l'affaire, pas même partiellement ; elle ne statue pas même, d'une manière directe, sur le sort du procès intenté, comme le fait l'arrêt de cassation ou de revision. Elle ne fait que prescrire ce qui doit être statué. De même que la loi règle la compétence *in abstracto*, elle la règle *in concreto*. La loi n'ayant pas été assez claire pour guider le juge, la décision sur conflit en fait une interprétation authentique pour le cas individuel.

De là les conséquences suivantes : il faut d'abord que le tribunal recouvre sa liberté pour statuer selon cette légalité. En conséquence, le jugement par lequel il aurait déjà affirmé sa compétence disparaît ; ce jugement est déclaré nul ; l'affaire est intacte. Le demandeur n'est pas débouté de sa demande. D'ordinaire, il la retirera. S'il persiste ou s'il la renouvelle, il a le droit d'obtenir un jugement sur la compétence. Ce jugement, conformément au droit créé par la Cour des conflits, déclarera la demande non recevable pour cause d'incompétence (27).

(27) *Wach*, C. Pr. R., p. 105. Il est donc inexact d'assimiler la décision déclarant la voie de droit inadmissible à un jugement rejetant la

Si, au contraire, la Cour des conflits estime que le tribunal est compétent, ou, pour parler plus correctement : qu'il n'y a pas empiétement sur la compétence de l'administration, parce que ce tribunal ou une autre autorité de l'ordre judiciaire est compétente, ou parce que, malgré l'incompétence des tribunaux, l'administration n'en souffre pas, on déclare simplement que *le conflit élevé est mal fondé*. Cette décision n'a aucun effet positif. Ce n'est qu'un refus d'intervenir. L'interruption provisoire de la procédure cesse. La procédure suit son cours comme si l'interruption ne s'était pas produite. Le tribunal, s'il ne l'a pas encore fait, statue sur le déclinatoire de compétence. Il le fait librement ; il pourrait même, malgré l'opinion de la Cour des conflits, se déclarer incompétent (28).

Le conflit négatif d'attributions n'a pas le même intérêt pour notre matière. Disons seulement qu'il aboutit également à un résultat tout à fait négatif, quand la Cour constate qu'aucune des autorités qu'on lui propose n'est compétente ; dans le cas contraire, sa décision fixe la compétence à la place de la loi, avec la même nature juridique que la décision qui, sur le conflit positif, déclare que la voie de droit n'est pas admise.

demande pour cause d'incompétence : *Nadbyl* dans Wörterbuch, I, p. 816.

(28) R. G., 23 mars 1889 (Samml., XI, pp. 392 ss.) : la commune poursuivie par une *actio negatoria* prétend qu'il s'agit d'une voie publique et oppose l'incompétence ; conflit d'attributions ; voie de droit déclarée admise. On reprend l'instance et la commune défenderesse exige qu'il soit d'abord statué sur son moyen d'incompétence. Le R. G. lui donne raison : cette décision sur conflit n'a pas la portée d'un jugement rendu dans le procès même et entre les parties ; elle n'a donc pas pu écarter le moyen d'incompétence proposé. Le tribunal aura à statuer en toute indépendance, sans être formellement lié par l'opinion du C. C. H. *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, II, p. 497.

Digitized by Google

§ 17

Suite. — La responsabilité civile des fonctionnaires

L'activité administrative tout entière est dominée par la possibilité de rendre le fonctionnaire civilement responsable du dommage causé par sa faute. Les tribunaux civils appelés à statuer sur les contestations qui en résultent assurent une protection du droit en matière administrative ; c'est une protection indirecte, mais très efficace et qui, par son importance générale, forme le couronnement logique du système.

I. L'obligation qui incombe au fonctionnaire de réparer le dommage qu'il a causé dans l'exercice de ses fonctions est, sans doute, de nature civile. Elle est soumise aux règles que le *droit civil* a établies pour les obligations résultant de faits illicites, des délits privés pour employer la terminologie de l'ancien droit.

Avant le 1er janvier 1900, ces questions — si importantes pour l'administration — recevaient une solution très différente à raison de la variété des législations civiles qui régissaient les Etats confédérés. Aujourd'hui, toute la matière est réglée d'une manière uniforme par le *Code civil allemand*, §§ 823 ss.

De tout temps, la responsabilité du fonctionnaire a été régie par des principes spéciaux qui la faisaient différer de la responsabilité du simple particulier. Ce droit spécial ne s'applique, bien entendu, qu'aux faits relatifs à sa qualité de fonctionnaire, aux faits accom-

Digitized by Google

plis par lui *dans l'exercice de ses fonctions*. Hors de là, le fonctionnaire est un simple particulier, tant au point de vue de sa responsabilité qu'à tout autre point de vue.

Il y a donc dans la fonction publique même quelque chose qui s'oppose à l'application pure et simple du droit commun et qui exige certaines adaptations. Ces nécessités, résultant de la nature de la fonction publique, avaient déjà, dans l'ancien droit, trouvé leur expression adéquate dans certaines règles qui aboutissaient à la fois à une *extension* et une *restriction* de la responsabilité. Malgré leur diversité, les législations anciennes sur ce point étaient, pour l'essentiel, d'accord. Et le nouveau Code civil ne s'en est pas écarté : dans le § 839, qui règle surtout la matière, il n'a pas créé un droit nouveau ; il a fixé et formulé des idées communes qu'il avait recueillies dans la succession des anciens droits (1). Dès lors, il sera permis de se servir, pour interpréter le Code civil, de l'ancienne doctrine et de l'ancienne jurisprudence.

Le principe capital qui apparaît dans cette législation est celui-ci : *les devoirs du fonctionnaire envers l'Etat sont censés avoir un effet juridique direct sur les rapports du fonctionnaire avec les tiers*. On s'apercevra facilement du caractère exceptionnel de cette idée, en établissant une comparaison avec la situation juridique de l'employé ordinaire. Lorsque cet employé cause un dommage à un tiers, la responsabilité de l'employé peut être couverte par un droit du patron vis-à-vis de ce tiers, droit dans l'exercice duquel l'employé a agi. Mais le rapport personnel de l'employé avec le patron est, pour le tiers, une chose complètement indifférente Qu'il ait désobéi à l'ordre du patron en refusant

(1) Code civil § 839 : « Si un fonctionnaire viole à dessein ou par négligence le devoir qui lui incombe vis-à-vis d'un tiers, il doit réparer le dommage qui en résulte ».

un service, qu'il ait excédé les limites du droit du patron sur son ordre exprès, cela ne regarde que le rapport intérieur ; cela reste tout à fait en dehors de la question de la responsabilité de l'employé vis-à-vis du tiers.

Les services publics, au contraire, concernent tout le monde ; le devoir du fonctionnaire qui y est employé, — que ce devoir soit bien ou mal rempli —, est pris, dans une certaine mesure, en considération en faveur et à l'encontre du tiers, lorsqu'il s'agit de rechercher si un fait ou une omission dommageable a été illicite (2).

De là les deux règles suivantes :

1) Le fonctionnaire est responsable quand il *a négligé de faire ce qu'il était de son devoir de faire vis-à-vis d'un tiers*. Il faut donc que son devoir lui commande de faire quelque chose en vue de ce tiers et à son profit. Il ne suffit pas que le fonctionnaire ait manqué à un devoir quelconque et qu'il en résulte un dommage pour le tiers ; il faut que ce devoir ait ce caractère spécial de viser des tiers.

En premier lieu, on songera aux nombreux services publics destinés à offrir au public certains avantages : la juridiction gracieuse qui surveille la tutelle des mineurs et veille aux inscriptions sur le livre foncier des transmissions d'immeubles (3), les offices adminis-

(2) *Krais*, dans Bl. f. adm. Pr. XXXIII, p. 56 : « Si le fonctionnaire... porte préjudice à un tiers, ce n'est qu'envers l'Etat qu'il manque à un devoir, et non envers le tiers ; avec ce dernier, le fonctionnaire n'a pas de rapport juridique ». Si, néanmoins, le fonctionnaire est responsable vis-à-vis du tiers, c'est, comme *Krais* le remarque très bien, un droit spécial ; mais cela s'expliquerait, d'après lui, par le fait que le fonctionnaire agit alors « en dehors de la sphère de la puissance politique ». Cette explication ne peut pas nous suffire : ces devoirs du fonctionnaire vis-à-vis de l'Etat ne coïncident pas avec ses pouvoirs vis-à-vis du sujet.

(3) Les responsabilités de ces branches sont spécialement consacrées par le § 841 du Code civil et (avec une modification qui ne nous intéresse pas ici) par le § 12 de la loi sur le livre foncier (Grund. buch.

Digitized by Google

tratifs institués pour délivrer des certificats (4), vérifier les poids et mesures, donner des renseignements, les services des communications, postes, télégraphes (5), les caisses de dépôts, les hôpitaux, les écoles, etc. (6). Les fonctionnaires que l'Etat emploie dans ces services sont dirigés par lui, en partie, par des lois et par des ordonnances ; mais, pour la plus grande partie, leurs devoirs sont déterminés par de simples prescriptions administratives, instructions,

Ordnung). Les Mot. z. Bürg. Ges. Buch, II, p. 844 considèrent sous le même point de vue le juge qui rend la justice en matière civile et dont « le devoir de procéder dans l'exercice de ses fonctions avec la diligence nécessaire existe non seulement vis-à-vis de l'Etat mais aussi vis-à-vis des parties ».

(4) *Pfizer*, dans Arch. f. civ. Pr. LXXII, p. 96 ss.

(5) Cette responsabilité des employés des postes et télégraphes est surtout intéressante. On a voulu l'expliquer par une *actio cessa* : l'Etat envers qui le devoir a été violé, cède tacitement au tiers son droit à des dommages-intérêts ; *Meili*, Haftpflicht der Postanstalten p. 141 ss.

(6) Sur le principe général : *Freund*, dans Arch. f. öff. R. I, p. 362 ; *Bornhak*, Preuss. St. R. II, p. 43 ss. Ce dernier croit pouvoir nous rendre plus familier ce droit particulier par l'expression « excès de compétence négatif ». Très solide et très original est *Pfizer* dans Arch. f. civ. Pr. LXXII, p. 91 ss. Il oppose ces activités « tutélaires et profitables » au simple exercice de la puissance publique ; il constate que, dans les premières, la responsabilité des fonctionnaires est plus étendue; pour lui, la cause en est qu'il n'y a pas là responsabilité pour délit ou quasi-délit, mais responsabilité *quasi ex contractu*. Les règles ordinaires concernant le délit ne suffisent pas ici, cela est vrai ; mais le quasi-contrat nous semble être plutôt un mot nouveau qu'une explication. — Nous devons insister sur ce point que seules certaines branches de l'administration ont cette particularité d'engager ainsi leurs fonctionnaires vis-à-vis des tiers. Il ne suffit pas de pouvoir dire : je n'aurais pas éprouvé le dommage, si le fonctionnaire avait fait son devoir. C. C. H. 13 février 1864 (J. M. Bl. 1864 p. 63) : le garde-fou du pont était en mauvais état, la vache est tombée, le propriétaire n'est pas fondé à demander des dommages-intérêts à l'inspecteur des ponts-et-chaussées ; ce dernier n'est responsable que vis-à-vis de l'Etat. V. G. H., 26 septembre 1882 (Samml. IV, p. 170) ; un cadavre a été trouvé, le maire néglige d'en faire la déclaration prescrite au juge du lieu ; demande en dommages-intérêts de la part des héritiers parce que les vêtements ont disparu ; ils n'ont rien à réclamer « le fonctionnaire n'ayant pas commis de lésion de droit vis-à-vis d'eux. » — *Krais*, dans Bl. f. adm. Pr. XXX p. 73 veut à tort rendre responsable un fonctionnaire de la police, lorsqu'il a « négligé de donner les ordres devenus nécessaires par l'état du bâtiment menaçant incendie », et qu'il y a maintenant un dommage. A quoi cela conduirait-il ?

circulaires, statuts, qui, en principe, n'ont aucun effet juridique sur les sujets autres que ceux compris dans le rapport de sujétion particulière (comp. § 9, I, n° 2 ci-dessus). Cependant, ici le fonctionnaire devient responsable vis-à-vis du tiers, lorsque, par sa faute, ce devoir n'a pas été rempli correctement (7).

Il y a une autre série de devoirs, peut-être plus importants, qui peuvent être invoqués ici. Lorsqu'il s'agit d'exercer la puissance publique sur le sujet et contre lui, de le frapper de condamnations, de lui imposer des charges, de le contraindre par la force, l'Etat, en autorisant ses fonctionnaires à agir ainsi, prend soin de leur fixer des limites, des formes et des conditions, soit par des lois, soit par des prescriptions administratives. Il est du devoir des fonctionnaires vis-à-vis de l'Etat de s'y conformer. Mais tout cela encore touche l'intérêt de la personne contre laquelle l'acte du fonctionnaire va être dirigé. Le fonctionnaire devient responsable vis-à-vis du tiers à l'égard duquel il a manqué à ce devoir (8).

2) D'un autre côté, le fonctionnaire n'est responsable que dans le cas *où, par sa faute, il aura manqué en même temps à ses devoirs vis-à-vis de l'Etat.* Le Code civil, dans son § 839, a créé un droit spécial pour les fonctionnaires : ceux-ci ne sont pas, comme les particuliers, responsables lorsqu'ils ont lésé un droit ou

(7) *Plank*, Comment. z. B. II, au § 839, n° 1. En principe on ne devrait pas faire une distinction entre les instructions générales (*Dienstvorschriften*) et les ordres individuels du supérieur ; les uns et les autres sont égaux quant à leur effet sur le devoir.

(8) *Plank*, Comment. z. B. G. B. II, p. 638 observe avec raison, qu'il y a relation étroite entre cet effet direct du devoir du fonctionnaire au profit du tiers et la disposition du § 823 al. 2 du Bürg. Ges. B., déclarant responsable « celui qui contrevient à une loi ayant pour but la protection d'autrui ». Seulement, on ne peut pas dire que l'un soit la « conséquence » de l'autre. — Au cours des débats devant la Chambre des députés bavaroise, on a désigné ce cas spécial par l'expression un peu bizarre, mais assez significative, d' « excès du devoir de la fonction » (*Amtspflichtüberschreitung* ; *Lippmann*, dans Annalen, 1885, p. 445).

agi contrairement à une loi tendant à la protection des individus; il faut qu'ils aient « violé leurs devoirs ». Ceci entraîne, nous venons de le voir, une aggravation relative de leur responsabilité ; mais cela peut également servir à leur fournir des moyens de défense particuliers. Il se peut, en effet, que le fait illicite en soi — et que le fonctionnaire aurait peut-être dû savoir être tel —, ne constitue cependant pas une violation de ses devoirs (9) ; il y a, dans la fonction publique, certaines nécessités juridiques qui le couvrent.

Il y a d'abord *l'ordre du supérieur*. On reconnaît que le fonctionnaire n'a qu'un pouvoir limité d'examiner la légalité de l'ordre qu'il reçoit ; en dehors de ces limites, il est de son devoir d'obéir, alors même qu'il est convaincu que son acte sera contraire à la loi et lèsera les droits d'un tiers. Il ne peut donc pas être responsable de dommages-intérêts. Cela se comprend. Aussi la loi a rédigé son § 839 de manière à le mettre à l'abri : « le fonctionnaire n'a pas violé son devoir » (10).

La question de l'*erreur*, à raison de laquelle le fonctionnaire aurait occasionné un dommage, offre une particularité analogue. En général, l'erreur n'exclut la responsabilité qu'autant qu'elle est excusable, c'est-à-dire qu'autant qu'elle n'est pas elle-même le produit d'une négligence : il faut qu'elle n'ait pas pu être

(9) Ainsi un acte du fonctionnaire peut être illégal, et pour ce motif annulable et cependant ne pas être illicite, c'est-à-dire ne pas compter comme illégal pour le fonctionnaire, en tant qu'il s'agit de sa responsabilité vis-à-vis du tiers. Pour exprimer cette double manière de compter, *Freund* dans Arch. f. Oeff. R. I., page 423 parle de la « légalité de l'acte » d'une part, et de sa « conformité au droit » d'autre part.

(10) *Laband*, St. R., édit. all. I, p. 439, ss. (édit. franç. II, 147 ss.) ; *Binding*, Stf. R. I, p. 805 ss. ; *Seydel*, Bayr. St. R. III, p 390 ss. — C'est une généralisation fausse que de dire (Mot. z. B. G. B. II.p. 730), que, partout où il y a un devoir légal d'obéir, on n'est pas responsable de l'action commandée. L'ordre de la police ne protège nullement contre les réclamations en dommages-intérêts qui pourraient être faites à la suite du fait prescrit. Il s'agit d'une particularité de l'ordre du supérieur.

évitée par la diligence qu'on se doit réciproquement dans la société civile (11). Ceci ne peut pas s'appliquer au fonctionnaire. Pour lui, la question doit être celle de savoir si, agissant par erreur, il a manqué à son devoir (12). Cela conduit à des résultats bien différents. Tandis qu'au particulier, en effet, on peut dire : « Si tu n'es pas sûr de ton affaire, réfléchis encore ou abstiens-toi », le fonctionnaire, lui, ne peut pas s'abstenir ; son devoir même le pousse en avant, très rapidement d'ordinaire ; il faut qu'il agisse au risque de se tromper. Cette nécessité ne peut entraîner des charges pour lui ; il est mis, par son devoir, à l'abri des conséquences de toute erreur qu'il aura commise de bonne foi (13).

(11) *Ptank*, Comment. z. B. G. B. au § 823, n. 2, b., II, p. 610 : « L'erreur est excusable, quand elle était possible malgré la diligence usitée dans les rapports humains ».

(12) *Komgiesser*, R. d. Reichsbeamten, p. 66 : « le fonctionnaire est responsable de l'acte illégal commis par erreur, quand il a manqué à la diligence à laquelle il était tenu ».

(13) Il ne s'agit pas ici de l' « excusabilité » de l'erreur dans le sens du droit civil, qui compte avec sa règle abstraite : l'erreur est excusable, lorsqu'elle pouvait exister chez un « homme normal ». Ici tout dépend de la « violation du devoir *in concreto* » (*Hahn*, Mot. z. Ger. Verw. Ges. p. 1617) ; il faut, que le fonctionnaire ait eu la conscience qu'il agissait contre son devoir. Dès lors, dès qu'il y a erreur, la responsabilité cesse, sans qu'il y ait à distinguer la qualité de l'erreur. C. C. H. 14 juillet 1866 (J. M. Bl. 1866, p. 289) : le fonctionnaire, à l'occasion d'un incendie, a fait démolir une grange sans nécessité ; « erreur rend libre ». O. V. G., 16 janvier 1886 (pas de responsabilité, quand il y a erreur de fait, après avoir examiné selon son devoir). O. V. G., 15 février 1882 (Samml. VIII, p. 420) : le fonctionnaire de la police avait fait jeter de la crême qu'il prenait pour du lait trempé, erreur assez ridicule ; mais il croyait faire son devoir ; pas de responsabilité. Comp. C. C. H., 11 janvier 1873 (J. M. Bl. 1873, p. 50) ; O. V. G., 21 septembre 1881 ; B. G., 18 décembre 1883 (*Reger*, IV, p. 331). Il y a une expression très significative dans C. C. H. 10 octobre 1868 (J. M. Bl. 1868, p. 360) : le douanier était « autorisé » à saisir la marchandise, s'il était convaincu qu'il y avait contrebande. Ainsi il n'est pas question d'excuse : au point de vue de leur responsabilité, les fonctionnaires sont censés être autorisés à faire ce qu'ils sont convaincus être de leur devoir. — L'erreur de droit a été toujours vue d'un mauvais œil en justice. Ainsi, on a également refusé d'admettre cette conviction, cette bonne foi nécessaire, quand il aurait fallu admettre une erreur de droit. O. V. G., 22 octobre 1887 : une erreur sur le droit

Pour se rendre compte de l'économie de ce système de droit spécial, il faut se demander ce que la loi entend par « fonctionnaires ». Elle ne définit pas cette expression. Il convient, par une interprétation saine, de rechercher ce qui répond le mieux aux intentions de la loi. Nous ne pouvons pas nous laisser renvoyer simplement à la définition du § 359 du Code pénal, qui se place à d'autres points de vue. La doctrine appelle « fonctionnaires » les personnes qui sont entrées d'une manière permanente au service de l'Etat pour exercer une fonction publique. Mais cela encore ne peut pas nous suffire. Les échevins, les jurés, d'après cela, ne sont pas des fonctionnaires ; leur responsabilité dépendrait donc du droit commun. Supposons que le tribunal d'échevins rende un jugement inique : le juge-président est protégé par les alinéas 2 et 3 du § 839 du Code civil, les deux échevins, au contraire, tombant simplement sous l'application du § 823, paieraient forcément le dommage qu'ils ont causé par leur inadvertance. Les soldats aussi, qui accomplissent leur service obligatoire, ne sont pas des fonctionnaires. Leur subordination est tellement forte qu'ils sont même exempts de pénalité, quand, obéissant à un ordre de leur supérieur, ils ont commis un délit. Si, au lieu du § 839, on leur applique le § 823, ils paieront cependant des dommages-intérêts, ce que la loi n'a assurément pas pu vouloir. Il semble

positif est toujours une violation du devoir de la fonction. Quand il s'agit d'acquitter le fonctionnaire qui s'est trompé, on a toujours soin de constater qu'il y a erreur de fait. Mais il y a un cas où le préjudice par erreur de droit est inévitable et régulier, parce qu'on n'y traite que des questions de droit. C'est le cas du tribunal. Il a donc fallu une protection spéciale aux fonctionnaires qui exercent cette profession particulièrement dangereuse : le juge, d'après le § 839 al. 2, B. G. B., ne peut être recherché à raison du préjudice qu'il aurait causé illégalement que dans le cas où il aurait, en même temps, encouru une peine publique c. à. d. dans le cas où il aurait agi de mauvaise foi. Considéré dans l'ensemble du système, le privilège des juges n'a rien d'exorbitant.

Digitized by Google

donc que l'on doive comprendre ici sous le nom de fonctionnaire tout individu qui est au service de l'Etat à un titre quelconque de droit public, sans restriction. Il faut cependant distinguer à un autre point de vue. Lorsque l'Etat gère une industrie, exploite un bien rural et met à la tête de cette exploitation un véritable conseiller du gouvernement, un fonctionnaire dans le sens technique du mot, ce fonctionnaire sera-t-il personnellement responsable envers le tiers auquel, manquant à son devoir envers l'Etat, il n'aurait pas fait les livraisons promises? C'est encore impossible. Le § 839 ne vise que les serviteurs de l'Etat employés dans des services publics ; il ne peut pas être question ici d'entreprises d'économie privée (14). D'un autre côté, le salarié qui, en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage, est employé dans le service des postes, d'un hôpital, de la juridiction gracieuse, peut-il être traité autrement, au point de vue de la responsabilité, que ses collègues, qui font la même besogne, mais qui ont un titre de droit public? Le tiers ne peut pas faire de distinction et l'intérêt du service public s'y oppose. Il est évidemment de son intérêt que le devoir, l'obligation envers le service même régisse tout, même la responsabilité vis-à-vis des tiers.

Dès lors, il faut dire que le mot « fonctionnaire », dans le sens du § 835 du Code civil, s'entend de tout individu qui est au service de l'Etat (ou d'un corps d'administration propre) pour l'accomplissement d'un intérêt public.

II. — La poursuite judiciaire contre le fonctionnaire en vue d'obtenir des dommages-intérêts est soumise à des restrictions spéciales.

1) Il faut partir, chez nous, du principe incontesta-

(14) *Pfizer* dans Arch. f. civ. Pr., LXX, p. 77 distingue suivant que le fonctionnaire représente l'Etat « comme *res publica* ou comme fisc »; dans ce dernier cas, il n'y a pas lieu au droit spécial.

ble que le tribunal ne sort pas du cercle de ses attributions lorsque, pour statuer sur cette demande en dommages-intérêts, il apprécie la question préjudicielle de savoir si le fonctionnaire a manqué à son devoir (15). Ce n'est qu'en vue de procurer au fonctionnaire une certaine protection — réputée nécessaire dans l'intérêt de la bonne marche de l'administration — qu'on a créé des entraves pour la justice. Et c'est le droit français, on ne saurait le méconnaître, qui en a fourni les modèles.

Or, en droit français, il y a deux choses bien distinctes : d'un côté, nous voyons une simple conséquence des règles générales sur les *limites des attributions judiciaires*, limites d'après lesquelles, à la différence du droit allemand, les tribunaux sont incompétents pour interpréter un acte administratif ou en apprécier la validité (comp. § 16 note 11 ci-dessus) ; d'un autre côté, nous trouvons ce qu'on appelle la *garantie constitutionnelle*, c'est-à-dire l'interdiction adressée par la constitution du 22 frim. VIII, art. 75, de diriger des poursuites judiciaires contre un agent du gouvernement sans l'*autorisation* préalable du Conseil d'Etat : sans cette autorisation, toute la procédure judiciaire est *inadmissible* ; lorsqu'elle est obtenue, le tribunal devient compétent pour statuer même sur la question préjudicielle du droit public (16).

Pour réaliser l'intention de procurer au fonctionnaire une certaine protection, il suffisait de l'un ou de l'autre de ces deux procédés. Avant la législation judiciaire de l'Empire, les deux formes se trou-

(15) Comp. § 16, III, ci-dessus ; *Wach*, C. Pr. R., I, p. 109 ; *v. Sarwey*, Œff. R. u. V. R. Pfl., p. 305.

(16) La nécessité d'une permission de poursuivre dissimulait donc l'incompétence résultant des règles générales. Quand, en 1870, la première fut abolie, on commença par se heurter à la seconde ; *Otto Mayer*, Theorie d. Franz. Verw. R., p. 100.

vaient appliquées dans nos Etats, séparément ou cumulativement (17). Les législations bavaroise et prussienne nous serviront d'exemples.

En *Bavière*, il existait, pour le Palatinat — cela remontait à l'époque française — la *garantie constitutionnelle*, le système de l'*autorisation de poursuite* ; dans les autres provinces, le principe s'était établi que les tribunaux sont incompétents pour statuer, à l'occasion d'une demande en dommages-intérêts dirigée contre un fonctionnaire, sur la question préjudicielle de la validité d'un acte administratif; ainsi les règles du droit français concernant les *limites de la compétence* avaient été adoptées (18).

En *Prusse*, la loi du 11 mai 1842 § 6 avait admis la voie judiciaire pour le cas où « une disposition de police avait été annulée, par la voie du recours, comme illégale ou inopportune ». Il y a là cette idée du droit français que le tribunal est incompétent pour apprécier la validité de l'acte administratif, même pour résoudre une question préjudicielle. Mais, tandis que le droit français permet de scinder l'affaire et n'ordonne que de surseoir jusqu'à ce que la question préjudicielle soit vidée par l'administration, le droit prussien tirait de cette idée une conséquence plus rigoureuse : le tribunal était incompétent pour statuer sur la question préjudicielle, il est incompétent pour la demande entière ; il ne devient compétent qu'autant que l'administration elle-même supprime la barrière et abandonne l'acte (19). Ainsi construite,

(17) *Freund* dans Arch. f. öff. R., I, p. 398 ss. fait une énumération de ces systèmes.

(18) *Kahr*, Ges. der Errichtung eines V. G. H. betr., p. 65 ; *Seydel*, Bayr. St. R., II, p. 449 ss.

(19) Un jugement du tribunal régional de Cologne du 14 février 1843 (rapporté, par *Oppenhoff*, Ressortverh., p. 360 note 135) comprend le § 6 tout à fait dans le sens du droit français : au lieu de rejeter la demande en dommages-intérêts, il surseoit à statuer jusqu'à ce que le demandeur ait apporté une décision de l'instance supérieure adminis-

l'institution du droit prussien se rapproche quelque peu de la *garantie constitutionnelle*; elle en diffère en ce qu'elle entraîne une incompétence du tribunal au lieu d'une irrecevabilité de la demande, et en ce que l'autorité administrative, pour rendre le tribunal compétent, prend une décision selon les principes du droit, au lieu d'accorder une permission discrétionnaire. La loi du 13 février 1854 réalise, sur ce dernier point, la conformité avec le droit français : la poursuite dirigée contre un fonctionnaire civil ou militaire à raison des actes de sa fonction, peut être arrêtée par l'autorité supérieure par l'élévation du *conflit*. La Cour des conflits d'attributions sera appelée à décider « s'il y a, à la charge du fonctionnaire un excès de pouvoirs *propre* à devenir l'objet d'une poursuite judiciaire » ; selon son appréciation, elle admettra la voie judiciaire ou l'interdira (20).

2) La législation judiciaire de l'Empire intervient dans cet état de choses par les dispositions — adoptées après une vive lutte — du § 11 de la loi d'introduction au Code civil : la législation des Etats confédérés peut faire dépendre la recevabilité de la poursuite judiciaire dirigée contre un fonctionnaire d'une *décision préalable* réglée par la législation de l'Empire ; mais elle ne peut pas

trative sur la question de validité. Mais le § 6 s'entend dans le sens indiqué au texte ; si donc le tribunal ne fait que surseoir à statuer, il y a lieu d'élever le conflit d'attributions : *Oppenhoff*, Ressortverh., p 480, note 63. Comp. C. C. H., 16 décembre 1834 (J. M. Bl. 1855, p. 51); 6 octobre 1855 (J. M. Bl. 1855, p. 411) ; R. G., 16 février 1888 (Samml., XX, p. 301). — Comme s'il était dans la nature des choses que le tribunal n'ait, vis-à-vis des fonctionnaires, que cette compétence conditionnelle, on a appliqué le § 6 même dans des cas où il ne s'agissait pas de demandes en dommages-intérêts à raison d'une disposition de police, p. e. à des demandes dirigées contre des militaires : C. C. H., 3 juin 1848, cité par *Sydow*, Zulässigkeit des Rechtswegs, p. 65.

(20) Ce « conflit » naturellement est tout autre chose que le conflit d'attributions; il serait préférable qu'il portât un autre nom ; C.C. H. 6 octobre 1855, (*Kossmann*, II, p. 16); O. V. S., 15 février 1882, 24 juin 1885. Les expressions sont confondues dans C. C. H., 11 décemb. 1858, (J. M. Bl. 1864, p. 52).

Digitized

établir d'autres restrictions. Cette décision préalable tient la place de l'autorisation de poursuivre du droit français dans le système de la *garantie constitutionnelle*; toute autre forme de restriction qui correspondrait à l'autorisation préalable, est exclue par le § 11 sus-mentionné.

Ne sont pas touchées, au contraire, par le § 11 les prescriptions du droit particulier qui, dans le sens de l'autre principe du droit français, déclarent le tribunal incompétent pour connaître de la question de validité d'un acte administratif, et nécessitent ainsi un sursis à la procédure. En revanche, ces prescriptions sont en contradiction avec le § 148 Code procédure civile qui laisse le tribunal libre de surseoir ou non; par conséquent elles sont abrogées par ce dernier paragraphe (21).

De même, reste intact le § 6 de la loi prussienne de 1842, qui contient, lui aussi, un règlement de compétence. Il ne tombe pas sous le coup du § 148 du

(21) Cela s'appliquerait spécialement à l'ancien droit de la Bavière, (comp. note 18 ci-dessus). La loi bavaroise du 8 août 1879, art. 7, al. 2, a remplacé ces règles par une décision préalable dans le sens du § 11. E. G. z. G. V. S. Ce n'était pas une erreur de la part du gouvernement et de la représentation nationale, quoiqu'on leur reproche généralement de croire que le partage des attributions concernant la question préjudicielle, tel qu'il existait jusque-là en Bavière, n'était plus soutenable par rapport au nouveau droit de l'Empire (*Kahr*, V. G. H Ges. p. 68, note 1; *Hauser* dans Ztschft f. Reichs. u. Landes. R. IV, p. 285, 303 ss.; *Krais* dans Bl. f. adm. Pr. XXXIII, p. 114; *Seydel*, Bayr. St. R., II. p. 461; *Lippmann* dans Annalen 1885, p. 467, note). Leur seule erreur était de croire que c'était le § 11 E. G. z. S. V. G. qui avait cet effet. — Selon *Hauser*, le partage des attributions subsisterait même à côté de la décision préalable. La demande en dommages intérêts suivrait donc la marche suivante : il faut d'abord que le demandeur provoque une décision de l'autorité administrative compétente sur la légalité de la mesure dommageable; l'illégalité ayant été constatée, il provoque, de la part du tribunal administratif suprême ou du tribunal de l'Empire, une décision préalable sur l'admissibilité de la poursuite; si l'admissibilité est affirmée, il arrive enfin — troisième procédure! — devant le tribunal civil compétent pour faire statuer sur sa demande (Ztschft f. Reichs. u. Landes. R., IV, p. 306, V., p. 21). *Hauser* s'imagine que les choses se passaient ainsi dans le droit français.

Code de procédure civile, parce qu'il n'ordonne pas un sursis de la procédure; il enlève l'affaire entière à la compétence judiciaire. Mais cette affaire a la nature d'une contestation de droit civil; elle doit donc appartenir, d'après le § 13 de la loi d'organisation judiciaire de l'Empire, à la compétence civile. On a cru pouvoir sauver le § 6 de la loi de 1842 par la faculté qui, dans ce même § 13 de la loi d'organisation judiciaire, est reconnue à la législation particulière d'enlever aux tribunaux même des contestations de droit civil. Mais le § 13 n'accorde cette faculté qu'à la condition de reconnaître, en même temps, pour cette affaire, la compétence d'une autorité administrative ou d'un tribunal administratif. C'est ce que le § 6 de la loi de 1842 ne fait pas ; il ne dit pas que l'autorité administrative est compétente pour juger la demande en dommages-intérêts ; il est, au contraire, acquis que l'autorité administrative n'est jamais compétente pour statuer sur cette contestation de droit civil. Le § 6 dit seulement que, si l'acte n'a pas été annulé au préalable, les tribunaux ne sont pas compétents ; il ne crée, pour ce cas, aucune autre compétence. Or, c'est ce que le § 13 ne permet pas ; d'après la règle, l'Etat est obligé de fournir, pour des contestations de droit civil, une compétence quelconque. Une simple négation, telle que celle du § 6, est inadmissible (22).

On pourrait songer à attribuer à l'autorité administrative, à la place du tribunal, pleine compétence

(22) Il paraît être généralement admis que la limitation de la compétence, effectuée par le § 6 de la loi de 1842, subsiste à côté de la décision préalable du droit de l'Empire ; on arrive de cette manière à la procédure proposée par *Hauser* (voir la note précédente) : O. V. G. 4 février 1882 distingue consciencieusement les trois procès qui sont nécessaires. Le tribunal de l'Empire aussi, après quelques hésitations (R. G., 10 juin 1881 ; Samml. V, p. 48) s'est associé à cette opinion : R. S., 26 avril 1887 (Samml. XVIII, p. 123); 16 février 1888 (Samml., XX, p. 245 ss).

pour statuer sur la demande en indemnité. Le § 148 du Code de procédure civile ne s'y opposerait pas et le § 13 de la loi d'organisation judiciaire le permettrait. Dans ce cas, le § 11 de la loi d'introduction au Code civil cesserait également d'être applicable, parce qu'il ne se rapporte qu'à des affaires qui doivent se terminer par la voie judiciaire ordinaire; la législation particulière aurait toute liberté pour faire dépendre la poursuite dirigée contre un fonctionnaire de la permission d'un maire quelconque. C'est justement parce qu'il en est ainsi qu'il faut dire que la volonté du § 11 est que ces contestations de droit civil ne puissent être enlevées aux tribunaux en vertu du § 13 de la loi d'organisation judiciaire (23). Dès lors, tout ce que la législation particulière, au point de vue de la procédure, peut faire pour la protection spéciale des fonctionnaires, se restreint à la décision préalable dans le sens du droit de l'Empire.

3) L'institution telle qu'elle est tracée par le § 11 de la loi d'introduction à la loi d'organisation judiciaire de l'Empire, dans ses parties essentielles, se présente comme suit :

Elle trouve sa *sphère d'application* dans la poursuite judiciaire dirigée contre des fonctionnaires publics. La législation particulière peut la restreindre à certaines catégories de fonctionnaires. Si elle se sert, comme le § 11, simplement de l'expression « fonctionnaires publics », il n'y aura pas lieu de suivre l'interprétation extensive que nous avons trouvée

(23) La supposition que, en vertu du G. V. G., § 13, la législation particulière pourrait enlever à la compétence du tribunal la demande entière, est toujours le grand argument invoqué pour prétendre que le partage des attributions concernant la question préjudicielle subsiste : *Hauser* dans Ztschft f. Reichs. u. Landes. R., IV, p. 303 ss. ; *v. Sarwey*, Œff. R. u. V. R. Pfl., p. 309 ss. ; dans le même sens R. G., 10 juin 1887, 16 février 1888. *Nadbyl* dans Wörterbuch, I, p. 822 est du même avis. Cependant, les législateurs, eux aussi, se doivent réciproquement une certaine bonne foi.

Digitized by Google

nécessaire pour l'application du § 839 du Code civil. Cette protection spéciale au moyen d'entraves apportées à la voie judiciaire ne s'est appliquée de tout temps qu'aux fonctionnaires les plus exposés et en même temps assez importants pour qu'on leur donnât ce privilège (24).

Ainsi, il faut nous attacher au sens strict du mot qui ne comprend alors que les personnes au service de l'Etat en vertu d'un titre de droit public et d'une manière permanente. Il faut exclure les serviteurs à titre de droit privé, et aussi les jurés, les échevins, les simples soldats. Par contre, nous ajouterons le fonctionnaire préposé à une entreprise d'économie privée : c'est la qualité de la personne qui prévaut ici (25).

Mais, dans tous les cas, le fonctionnaire ne doit pas avoir agi comme personne privée, il doit avoir agi comme représentant de l'Etat : « dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa fonction » (26).

Quant à la *procédure*, la loi de l'Empire laisse le choix entre deux modalités. La décision préalable peut être établie comme condition absolue : dans ce cas, la demande est irrecevable dès le début ; elle ne peut devenir recevable que par une décision préalable affirmative ; c'est aux parties intéressées à s'adresser à l'autorité compétente pour provoquer celle-ci. Il se peut aussi que la décision préalable ne soit nécessaire

(24) Les agents du gouvernement, *Otto Mayer*, Theorie des Franz. V. R., p. 99 ; les autorités de la police, d'après la loi prussienne de 1842, § 6.

(25) *Seydel*, Bayr. St. R. I, p. 605. Contrà : *Krais* dans Bl. f. adm. Pr. 1883, pp. 163, 169 ; Bl. f. adm. Pr. 1886 p. 8. On pourrait dire que le devoir du fonctionnaire, dans ces cas, ne regarde pas le tiers ; dès lors, la décision préalable est sans objet (comp. la note 14 ci-dessus). Mais c'est ce qu'il s'agit de faire constater par la décision préalable même (comp. la note 29 ci-dessous). Il faut aussi admettre le cas où l'Etat lui-même est, contre son fonctionnaire, le demandeur en dommages-intérêts ; alors, la question du devoir sera décisive, même si le fonctionnaire représentait l'Etat « comme fisc ».

(26) E. G. z. G. V. G. § 11, al. 1.

que dans le cas où l'autorité supérieure du fonctionnaire l'exige : alors, la déclaration de cette autorité interrompt, à la manière du conflit d'attribution, le procès intenté ; suivant l'issue de l'incident, la poursuite pourra être continuée ou bien la demande deviendra irrecevable.

La décision préalable est, d'après § 11, chiffre 2, toujours rendue par un *tribunal* ; ce sera soit la Cour administrative suprême du pays, soit le Tribunal de l'Empire. Ce tribunal observera plus ou moins ses formes ordinaires de procédure. On entendra surtout les intéressés. Mais, comme dans la procédure sur conflit d'attributions, ce n'est pas un procès véritable ; les intéressés n'ont pas le caractère de parties ; la décision n'est pas un jugement ; il n'y a pas de force de chose jugée (27).

L'objet de la décision est de constater si le fonctionnaire a manqué à son devoir, soit qu'il ait « excédé ses pouvoirs », soit qu'il ait « négligé de remplir un acte de ses fonctions ». C'est de cette question du devoir envers l'Etat que dépend aussi, nous le savons, la responsabilité vis-à-vis des tiers. Le tribunal examinera cette question d'après les principes que nous venons d'établir (I, n. 1 et 2 ci-dessus). Il examinera aussi si la violation du devoir peut entraîner une responsabilité vis-à-vis du demandeur ; l'Etat lui-même peut être le demandeur ; naturellement, l'Etat peut invoquer tous les devoirs ; le tiers, au contraire, ne peut se prévaloir que des devoirs qui doivent être remplis vis-à-vis de lui (I, n. 6 ci-dessus) (28).

(27) *Keller*, Comment. z. G. V. G. p. 258 § 1. Il s'agit d'une résolution (*Beschluss*) à prendre, qui ne nécessite pas l'audition des parties, mais ne l'exclut pas non plus : *Hauser*, Ztschft f. Reichs. u. Landes, R. IV. pp. 33 ss ; *Löwe*, Stf. Pr. Ordn. p 17.

(28) Le Sénat des conflits d'attributions Bavarois a établi comme principe que la décision préalable « a non seulement à statuer sur la légalité extérieure d'une mesure administrative, mais encore sur la faute

Digitized

Le tribunal peut donc arriver à un résultat négatif de deux manières : ou bien il déclare que le défendeur n'a pas manqué à son devoir ; ou bien il déclare que, même s'il a manqué à son devoir, cela ne regarde pas le demandeur. Dans l'un et dans l'autre cas, la demande est irrecevable.

Pour rendre la demande recevable, le tribunal doit constater que le fonctionnaire a agi contre son devoir.

Il faut aussi prévoir le cas où la décision préalable a été demandée à tort, parce qu'on n'est pas dans les conditions où elle est nécessaire. Le tribunal le constatera afin de rendre la justice libre. L'effet sera le même que si le tribunal avait déclaré le fonctionnaire coupable (29).

C'est qu'en effet, le résultat de la décision préalable n'est jamais autre chose que l'autorisation de poursuivre ou le refus de cette autorisation. La loi a soumis l'action du tribunal ordinaire à la condition d'avoir cette autorisation ; mais si celui qui doit la donner déclare qu'elle n'est pas nécessaire, cela vaut autorisation. Ainsi, par le caractère juridique de son effet, la décision préalable ressemble à l'autorisation du Conseil d'Etat prévue dans le système de l'ancienne

au point de vue du devoir du fonctionnaire poursuivi en justice ». *Hauser* dans Ztschft f. Reichs. u. Landes. R. V, p. 22, note 42, lui fait le reproche de confondre la faute et l'illégalité. A cela *Krais*, dans Bl. f. adm. Pr. 1883, p. 84, répond : « qu'il ne s'agit pas d'une faute de droit civil, mais de la constatation de la violation du devoir ». La solution est que, d'après le droit spécial de la responsabilité des fonctionnaires, l'acte, pour le tiers qu'il touche, est également apprécié au point de vue du devoir du fonctionnaire.

(29) V. G. H. 30 déc. 1884 (*Reger* VI, p. 350) déclare qu'il n'y a pas lieu à la décision préalable, puisque le fonctionnaire avait agi comme représentant la personnalité civile : or la décision suppose qu'il s'agit de « l'exercice du droit de supériorité ». Il faut cependant reconnaître que cette déclaration même est une décision préalable : la Cour n'a pas été invoquée inutilement, car, évidemment, le tribunal n'a plus le droit de déclarer la demande non recevable par le motif qu'il fallait une décision préalable.

garantie constitutionnelle du droit français. Elle n'en diffère que par les motifs où doit être trouvé ce résultat : l'autorisation du Conseil d'Etat était donnée ou refusée comme bon lui semblait, les intérêts politiques y jouaient le principal rôle ; notre décision préalable, au contraire, est une véritable décision dans le sens technique, un acte de juridiction qui n'a qu'à dire ce qui est de droit, sans qu'il y ait libre appréciation (30). La décision n'a cependant pas la nature d'un jugement ; elle ne décide rien sur l'affaire en question, elle ne préjuge même rien sur le procès en cours. Elle donne ou refuse à la demande le caractère de recevabilité, elle ressemble en cela au soi-disant jugement sur conflit ; ces deux actes ressemblent plutôt à des actes juridiques du droit matériel : le juge qui statue seul est lié par la marque juridique que ces actes auront donnée à l'affaire (31).

III. — C'est par application des principes du droit civil adoptés à cet effet que le fonctionnaire est responsable du dommage qu'il a causé par sa faute. Le droit civil contient également des règles de droit qui soumettent à la même responsabilité le *commettant* du coupable. Le commettant du fonctionnaire, c'est

(30) Sur l'opposition entre le conflit du droit prussien et l'autorisation de poursuivre du droit français, comp. les débats sur le projet du G. V. G. dans *Hahn*, Mat. II, pp. 1615, ss.

(31) *Hahn*, Mot. z. G. V. G. II, p. 1633 ; *Löwe*, Stf. Pr. O. p. 17 ; *Keller*, G. V. G. p. 259 ; *Hauser*, dans Ztschft f. Reichs. u. Landes. R. V. p. 30 ; *Vadbyl*, dans Wörterbuch, I, p. 825 ; *Lippmann*, dans Annalen, 1885, p. 467. — Pour la Bavière, *Kahr*, Comment. z. V. G. H. Ges., p. 71, et *Seydel*, Bayr. St. R. I, p. 602, revendiquaient, pour la décision préalable, le caractère de jugement partiel, conformément au droit bavarois antérieur à la législation judiciaire de l'Empire. La loi bavaroise du 9 juin 1899 concernant l'exécution du Code civil leur a donné raison ; elle dispose dans son article 165, I : La décision préalable lie le tribunal. Il y aurait donc jugement, force de chose jugée, parties véritables. On peut encore se demander si cela est conforme au droit de l'Empire. Mais l'autorité d'une loi particulière est assez grande pour amener à une interprétation favorable.

l'Etat, ou — ce qui doit toujours être sous-entendu — une autre personne morale de droit public. La question se pose donc de savoir : comment ce commettant peut-il devenir responsable par application des règles du droit civil?

La réponse est donnée par le principe établi au § 11, II ci-dessus. L'Etat est soumis, dans ses rapports avec les individus, aux règles du droit civil, en tant qu'il se place vis-à-vis d'eux sur le terrain de l'économie privée en poursuivant ses intérêts comme un particulier. Il importe donc que l'illégalité qui a causé le dommage résulte d'un rapport de ce genre et dans lequel l'Etat se trouve impliqué. Que, pour la personne du fonctionnaire, le fait illicite qu'il a commis constitue toujours un rapport de droit civil, cela ne regarde pas l'Etat. Car le délit n'était pas l'action de l'Etat ; l'Etat ne peut pas s'être soumis au droit civil par le délit même. Il faut que le rapport qui soumet l'Etat à l'application du droit civil ait déjà existé, pour que les suites du délit qui résulte de ce rapport puissent l'atteindre selon les règles du droit civil (32). Par conséquent, la responsabilité de l'Etat trouve sa sphère naturelle surtout dans les administrations fiscales (comp. § 11, III, n. 1 ci-dessus). D'ailleurs, même dans l'administration publique, certains rapports d'un caractère d'économie privée peuvent intervenir qui se détachent nettement de la nature générale de celle-ci : entretien des édifices publics, acquisition et administration de provisions et matériaux, acquisition de montures par l'administration militaire, etc... (33).

(32) *Zachariæ*, dans Ztschft f. R. W., 1863, p. 619; *Loening*, die Haftung des Staates p. 51, p. 53 : *Krais* dans Bl. f. adm. Pr. XXXIII, p. 171 : *Seydel*, Bayr. St. R. I, p. 609, note 88.

(33) *Lœning*, die Haftung des Staates, p. 88. R. G. 16 mai 1887 (*Reger*, VIII, p. 158) : l'Etat est déclaré responsable pour n'avoir pas éclairé les abords d'un palais de justice (Comp. R. G. 31 janv. 1889 (Samml.

En dehors de ces cas qui, en principe, ont un caractère exceptionnel, le droit civil ne sera pas applicable à l'Etat ; par conséquent, l'Etat n'encourra pas de responsabilité civile.

Mais alors même que le droit civil serait reconnu applicable, cela ne veut pas dire encore que la responsabilité de l'Etat existe. Cela dépendra maintenant des règles du droit civil à appliquer. Il faut dire que les règles de notre droit civil commun sont peu favorables au demandeur qui voudrait s'en prendre à l'Etat.

Tout d'abord, le § 831 du Code civil, tout en déclarant le commettant responsable des fautes commises par son préposé, lui permet cependant de se décharger en prouvant qu'il n'a rien négligé dans le choix et l'instruction de son préposé. Cela revient donc toujours à une question de faute de sa part. Or l'Etat n'étant pas, en sa qualité de personne morale, susceptible de faute serait indemne si la loi ne lui donnait pas, comme à toutes les personnes morales, des « représentants dans la faute ». Voici comment la loi procède. Le § 31 du Code civil déclare la corporation directement responsable des fautes commises par « sa direction ou par un membre de la direction ou par une autre personne appelée par le statut à la représenter ». Le § 89 du Code civil déclare ensuite cette disposition applicable aux personnes morales du droit public. Mais cette assimilation est très malheureuse. L'Etat ne serait directement responsable que des personnes qui le représentent d'après « son statut », c'est-à-dire d'après sa Constitution : à savoir le roi, seul ou avec la représentation nationale, et peut-être bien aussi le

XXIII, p. 221) ; 8 août 1884 (*Reger*, V, p. 260). Comme, d'après les principes du droit allemand (comp. § 16 ci-dessus), le tribunal est également compétent pour allouer une indemnité pour des raisons de droit public, une confusion se fait très facilement. Quand nous aurons exposé la doctrine de cette indemnité de droit public, la responsabilité civile de l'Etat se dessinera plus nettement.

Digitized by Google

ministre. Si, en vertu de cette législation, l'Etat n'est responsable que dans les cas où ces personnes ont causé, par leur faute un dommage illicite ou commis quelque négligence en nommant ou instruisant le vrai coupable, l'Etat peut dormir tranquille (34).

Dans plusieurs Etats, on a cru devoir combler ici une lacune ; on a profité des lois d'exécution pour la mise en vigueur du Code civil, pour établir une responsabilité plus sérieuse de l'Etat. L'Etat est déclaré débiteur direct de l'indemnité dans le cas où un fonctionnaire « aura, au sens du § 839 du Code civil, manqué à son devoir dans l'exercice de la puissance publique qui lui a été confiée » (35).

C'est une obligation de droit civil que de cette manière on a imposée à l'Etat. Elle sort franchement du système du Code civil puisqu'elle n'exige ni la faute du débiteur, ni la faute de son représentant constitutionnel (36). Elle n'existe pas dans le cas où l'Etat, pour un rapport d'économie privée, est soumis aux règles du droit civil ordinaire ; il faut qu'il s'agisse de la sphère du droit public, parce que « l'exercice de la puissance Publique » doit être en cause. Chose singulière, la responsabilité civile de l'Etat est ici plus sûrement établie et d'une manière plus intense que si l'Etat s'était placé directement sur le terrain du droit civil comme simple particulier. D'ailleurs, il n'est pas

(34) *Lenel*, dans Deutsche Juristenzeitung, 1902, pp. 9 ss.

(35) Ce sont les lois d'exécution pour *Bade*, *Bavière*, *Hesse*, *Württemberg* et plusieurs petits Etats. Il y a entre ces lois cette différence que les unes établissent l'Etat seul débiteur vis-à-vis du tiers, sauf son recours contre le fonctionnaire coupable, et que les autres le condamnent à être caution de son fonctionnaire coupable.

(36) La loi Bavaroise du 9 juin 1899, article 61, déclare même l'Etat responsable dans le cas où le fait dommageable ne pourrait pas être imputé au fonctionnaire lui-même, par suite d'un dérangement mental, etc. On a voulu mettre ici à la place du principe de la « culpabilité », le principe de la « causalité » (*Böhm* et *Klein*, Comment. p. 108). Mais c'est justement le principe de la causalité que nous retrouverons dans notre indemnité de droit public.

facile de découvrir ce qu'on a voulu dire par « exercice de la puissance publique ». Ce n'est pas l'administration publique entière, ce n'est pas toute l'activité administrative qui se manifeste sous le régime du droit public; on a évidemment songé à un cercle plus étroit, peut-être à des actes d'autorité, à la contrainte (37). En tout cas, il reste une troisième sphère assez large où l'Etat n'est responsable de ses fonctionnaires, ni selon le droit commun ni selon le droit particulier des lois d'exécution, c'est-à-dire n'est pas du tout responsable.

Il est vrai que l'œuvre du Code civil, en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat, est incomplète. Il y a bien de cas où l'équité et la justice exigent un système d'indemnités plus larges au profit des individus qui, du fait des fonctionnaires et employés, éprouvent un préjudice. Mais il ne faut pas chercher ce complément dans un rapiècetage de droit civil illogique et insuffisant. Il se trouve dans les institutions du droit public mêmes; il ne s'agit que de les reconnaître et de les développer. Mais ces institutions, par leur nature, n'appartiennent plus au chapitre qui traite des voies de droit. Nous en parlerons à leur place.

(37) *Böhm* et *Klein*, Comment. p. 104: l'inspecteur des écoles a une puissance publique, l'instituteur n'en a pas. La formule commune à toutes ces lois d'exécution est empruntée à l'art. 77 E. G. z. B. G. B. qui renvoie cette matière aux lois particulières. Le droit de l'Empire, dans la sphère du droit civil, étant maître, on n'a pas osé s'éloigner de ses termes assez vagues. Si on avait voulu régler l'affaire selon les principes du droit public, on aurait eu la voie libre.

TABLE DES MATIÈRES DU TOME I

Pages

Préface de M. Berthélemy I
Préface de l'édition française XIII
Préface de l'édition allemande XVII
Table des abréviations XXI

INTRODUCTION

§ 1. — Notion de l'administration 1
§ 2. — Le Droit administratif et sa doctrine 15

PARTIE GÉNÉRALE

SECTION I

Le développement historique du Droit administratif allemand

§ 3. — Les droits de supériorité des princes 23
§ 4. — L'Etat sous le régime de la police. 43
§ 5. — L'Etat sous le régime du Droit. 64

SECTION II

Principes généraux du Droit administratif

§ 6. — Pouvoir législatif et pouvoir exécutif. 83
§ 7. — Force obligatoire de la loi administrative . . . 102

Digitized by Google

§ 8. — Force obligatoire de l'acte administratif . . . 119
§ 9. — Les droits individuels publics 132
§ 10. — Les sources du droit administratif 154
§ 11. — Rapports des institutions juridiques administratives avec le droit civil. 174

SECTION III

Les voies de droit en matière administrative

§ 12. — Le droit de recours 186
§ 13. — La justice administrative. — Généralités . . . 207
§ 14. — Des matières contentieuses. 229
§ 15. — Effet de la chose jugée 253
§ 16. — Attributions des tribunaux civils. 273
§ 17. — La responsabilité civile des fonctionnaires. . . 293
" " " de l'Etat 312

LAVAL. — IMPRIMERIE PARISIENNE, L. BARNÉOUD & Cie.

LE

DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND

Digitized by Google

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE DE DROIT PUBLIC

(honorée d'une souscription du ministère de l'Instruction publique)

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE

Max BOUCARD
Maître des Requêtes
au Conseil d'Etat

Gaston JÈZE
Professeur agrégé à la Faculté de
droit de l'Université de Lille

SÉRIE IN-8°

BRYCE (J.). — **La République américaine**, édition française revue et complétée par l'auteur, avec une préface de Chavegrin, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris. 1902, 4 vol. in-8. Prix broché . 50 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque) . . . . . 54 fr. »
LABAND (P.), professeur à l'Université de Strasbourg. — **Le Droit public de l'Empire Allemand** avec une préface de F. Larnaude, professeur de droit public général à l'Université de Paris. Edition française, revue et mise au courant de la dernière législation par l'auteur : 1900-1904, 6 vol. in-8, brochés. . . . . 60 fr. »
— **Le même**, relié, reliure speciale de la Bibliothèque . . . . 66 fr. »
DICEY (A-V.). — **Introduction à l'étude du droit constitutionnel**, 1 vol. in-8, avec une préface de A. Ribot, député. Traduction française de A. Batut et G. Jèze, 1902, 1 vol. in-8 broché . . . . . 10 fr. »
— **Le même**, relié reliure de la Bibliothèque). . . . . 11 fr. »
WILSON (W.). — **L'Etat**, avec une préface de Léon Duguit, professeur de droit à la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, traduction de J. Wilhelm. 1902, 2 vol. in-8, broché. . . . . 20 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque). . . . . 22 fr. »
HAMILTON (A.), **JAY**, **MADISON**. — **Le Fédéraliste**. Commentaire de la Constitution des Etats-Unis, nouvelle édition française par Gaston Jèze, avec une préface de A. Esmein, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, 1902. 1 vol. in-8 broché. . . . . 14 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque). . . . . 15 fr. »
KORKOUNOV (N. M.), professeur à l'Université de Saint-Pétersbourg. — **Cours de Théorie générale du droit**, avec préface de F. Larnaude, traduction Tchernoff. 1903, un vol. in-8 . . . . . 10 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque). . . . . 11 fr. »
MAYER (O.). — **Le Droit Administratif Allemand**, édition française par l'auteur avec préface de H. Berthélemy, 1904, 2 vol. in-8, brochés. 16 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque). . . . . 18 fr. »
KOVALEWSKY (M.), ancien Professeur de droit public à l'Université de Moscou. — **Institutions politiques de la Russie**. Traduction Derocquigny. 1903, un vol. in-8, broché . . . . . 7 fr. 50
— **Le même**, relié (reliure de le Bibliothèque). . . . . 8 fr. 50
ANSON (Sir William R.). — **Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre**. — I. Le Parlement, avec une préface de G. Hanotaux de l'Académie française, traduction Gandilhon, 1903, un vol. in-8 . . . . . 10 fr. »
— **Le même** relié (reliure de la Bibliothèque). . . . . 11 fr. »
NITTI (F. S.). — **Principes de science des Finances**, avec une préface de A. Wahl, 1904, 1 vol. in-8 broché . . . . . 12 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque) . . . . . 13 fr. »

SÉRIE IN-18

TODD (A.). — **Le Gouvernement parlementaire en Angleterre**. Traduit sur l'édition anglaise de Spencer Walpole. Avec une préface de Casimir-Périer, 1900. 2 vol. in-18, broché. . . . . 12 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque) . . . . . 13 fr. »
WILSON (W.). — **Le Gouvernement congressionnel** avec une préface de Henri Wallon, de l'Institut, 1900, 1 vol. in-18 broché . . . . . 5 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque) . . . . . 5 fr. 50
JENKS (Edward). — **Esquisse du gouvernement local en Angleterre**. Traduction de J. Wilhelm, juge au tribunal civil de Coulommiers, avec une préface de H. Berthélemy, professeur de droit administratif à l'Université de Paris, 1902, 1 vol. in-18 br. . . . . 5 fr. »
— **Le même**, relié (reliure de la Bibliothèque) . . . . . 5 fr. 50

SOUS PRESSE

STUBBS. — **Histoire constitutionnelle de l'Angleterre**, 3 vol.
ANSON (sir W. R.). — **Loi et pratiques constitutionnelles de l'Angleterre**, la Couronne.
— **Les Règlements des Assemblées législatives**.

Digitized by Google

BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE DE DROIT PUBLIC
publiée sous la direction de

Max BOUCARD
Maître des Requêtes
au Conseil d'État

Gaston JÈZE
Professeur agrégé à la Faculté de Droit
de l'Université de Lille

LE

DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND

PAR

OTTO MAYER

Édition française par l'auteur

AVEC UNE PRÉFACE DE H. BERTHÉLEMY
Professeur de droit administratif à l'Université de Paris

TOME DEUXIÈME

PARTIE SPÉCIALE

(POLICE, FINANCE)

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE
Libraires-Éditeurs
16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1904

OCT 21 1927

PARTIE SPÉCIALE

LIVRE PREMIER

SECTION PREMIÈRE

Le pouvoir de police

§ 18

La notion de police

La police est une espèce particulière d'activité administrative; le pouvoir de police est la manifestation de la puissance publique propre à cette activité.

Les institutions juridiques qui émanent de ce pouvoir forment l'objet de la présente section.

I. — La notion de police a une histoire pleine de vicissitudes (1). Le mot porte l'empreinte de son origine à l'époque de la Renaissance. Quand il passa en Allemagne, le mot police signifiait *le bon état de la*

(1) *Funke*, dans Ztschft f. R. W., 1863, pp. 489 ss.

chose commune (guter Stand des Gemeinwesens), ce qui doit être le but de l'autorité publique (2). Ainsi, il s'appliquait aux mesures par lesquelles l'autorité peut contribuer à atteindre ce but, *outre* la justice civile et pénale et les autres institutions d'intérêt public déjà existantes. Cette idée s'était, à l'origine, formée tout entière dans la *cité* et pour la vie communale de la ville (3). Même quand elle s'en fut détachée, la police n'embrassa d'abord qu'un cercle restreint d'objets que nous voyons figurer, avec une certaine régularité, dans les ordonnances de police de l'Empire et des territoires (4).

Toutefois, en arrivant aux temps modernes, la police prend un essor puissant ; c'est même elle qui caractérise l'Etat dans tous ses rapports avec le sujet : l'armée et la justice restent à part ; mais *tout* ce qui, à côté d'elles, peut être fait pour raffermir à l'intérieur et consolider la chose commune, est de la police ; celle-ci est infatigable pour préparer toujours de nouveaux moyens ; elle se laisse guider par la lumière des sciences camérales qui viennent de se développer (5). De plus, tout ce que l'autorité peut juger salu-

(2) *Seckendorff*, Fürstenstaat, III, chap. VIII, 2 ; *Reinkingk*, Biblische Polizei (1656) ; préface.

(3) *Loiseau*, Traité des Seigneuries (1609), chap. IX, n. 1 ; *Delamare*, Traité de la police (1722), I, n. 1 ; *Justi*, Pol. W., Introd., § 3, note. Comp. aussi *Mylius*, Const. March., V, p. 59. p. 71 (« Polizeiverordnungen » pour les villes) et V, p. 83 (les mêmes choses comme « Ordnung und Constitution für die Bauerslent ») ; V, p. 98, on trouve les fameux « Polizei-Ausreuter » chargés essentiellement de protéger contre la campagne l'industrie urbaine (städtische Nahrung) ; il s'agit « des affaires de la police et du bien-être des habitants des villes, qui en dépend ».

(4) *V. Berg*, Deutsch. Pol. R , I, p. 50.

(5) *Justi*, Pol. W., Introd., § 2 ; *Mosor*, Landeshoh. in Pol. S., ch. I, § 2 ; *Lotz*, Begriff der Pol. u. Umfang der Staatsgewalt, § 7 : « Par police, il est impossible de comprendre autre chose que l'activité directe et propre du gouvernement de l'Etat pour l'accomplissement du but de l'Etat dans toute son étendue ». La poste, par exemple, est également « affaire de police » ; *Moser*, Staatsrecht, V, p. 174 ; *Justi*, *loc. cit.*, § 71. Dans une certaine mesure, il en est de

taire peut être maintenant réalisé par elle, au besoin par la force (Comp. tome I, § 4, I, n°s 1 et 2 ci-dessus).

La police, telle que nous l'entendons aujourd'hui, a, par comparaison avec ce qui précède, une signification et une délimitation plus strictes.

1) Dans l'ancien droit déjà, une certaine résistance se fait sentir. Le droit de la nature, qui avait porté la puissance publique au delà de toutes les bornes, est invoqué pour imposer des limites à la police. Il s'agissait surtout de déterminer son *pouvoir de contraindre*.

La philosophie du droit commence par établir la maxime que la puissance publique ne peut user de la contrainte que pour « la conservation de l'état de la sûreté », mais non pour « l'augmentation de la prospérité des citoyens ». On en déduit une différence entre la *police de sûreté (Sicherheitspolizei)* et la *police de prospérité (Wohlfahrtspolizei)*; la première seule est investie du pouvoir de contraindre (6).

Dans une autre opinion, on admet la contrainte au profit tant de la prospérité que de la sûreté, mais seulement pour les *défendre* contre les dangers dont elles peuvent être menacées. Mais comme le pouvoir de contraindre est de l'essence de la police, toute activité de l'Etat en vue d'*augmenter* la prospérité n'est pas de la police (7).

même en tant qu'il s'agit de « pourvoir à l'administration de la justice » : *Justi, loc. cit.*, § 844.

(6) La distinction est faite assez généralement ; quelquefois même, elle figure dans la définition de la police : *Moser*, Landeshoh. in Pol. S., ch. I, § 2 ; *Leist*, Staatsrecht, § 152. La distinction pour l'admissibilité de la contrainte est faite par *v. Hufeland*, Naturrecht, § 394 ; dans un ton plus populaire, l'écrit anonyme : Demophilos an Eukrates über die Grenzen der Staatsgewalt *(Broxtermann)* ; *Pölitz*, Staatsw., I, p. 498, II, pp. 453 ss. Avec plus de réserve : *Klüber*, Off. R., § 386. *Lotz*, Begriff der Pol., pp. 79 ss., veut directement distinguer : la *police de contrainte* et la *police de secours*, ce qui ne donne plus de critérium pour savoir quand c'est l'une ou quand c'est l'autre qui doivent avoir lieu.

(7) *V. Berg*, Pol. R., I, pp. 12 ss. Sur la résistance opposée par *Draïs*

Plus souvent, on réunit les deux formules : la police, dit-on, ne s'occupe que de la *sûreté*, et elle ne le fait que pour la *défendre* contre des troubles. On admet aussi que le développement de la prospérité n'est pas affaire de police. C'est une autre espèce d'activité de l'Etat, à laquelle on n'ose pas refuser le pouvoir de contraindre ; on se contente de constater qu'elle ne se sert pas de ce moyen « aussi facilement » que la police (8).

2) Après l'établissement du droit public moderne, la restriction de la notion de police est exigée au nom du « système constitutionnel » et du « régime du droit ». Pour formuler cette restriction, on s'appuie successivement sur l'un ou sur l'autre des éléments qui figuraient déjà dans les définitions des auteurs de l'ancien régime.

Et d'abord, on ne veut plus entendre parler d'une *police de prospérité*, qui doit rendre les hommes heureux. Le rôle de la police est négatif : elle a pour mission de *défendre* la société et les individus contre les dangers dont ils peuvent être menacés. On lui oppose la prévoyance administrative *(Pflege)* : prévoyance de la prospérité, de la civilisation, de l'Etat (9).

Insistant trop exclusivement sur ce but de la police — à savoir la défense contre les dangers — on y comprit toute sorte d'activités qui n'ont rien de com-

dans Bl. f. Pol. u. Kultur, 1803, p. 576, *v. Berg*, dans Pol. R., IV, p. 14, déclare simplement : « Il a raison », et renonce à toute distinction quant à l'admissibilité de la contrainte (p. 19).

(8) *Pütter*, Inst., § 331 ; *Goenner*, Staatsrecht, § 328 (l'opposé de la police est formé par « le droit du gouvernement en matière de prospérité », où, par principe, il n'est pas exercé de contrainte : § 273, n. IX : cependant, ce dernier droit comprend, par exemple, toute l'administration concernant l'industrie avec la contrainte qui y est exercée). A peu près dans le même sens : *Häberlin*, Staatsrecht, § 331.

(9) *V. Aretin*, Staatsrecht der Konstitutionellen Monarchie, II, pp. 180, 181 ; *Zachariae*, Vierzig Bücher, I, pp. 24, 120, II, p. 288 ; *Mohl*, Pol. W., I, p. 10 ; *Zimmermann*, Deutsche Pol. des 19. Jahrh., I, p. 133 ; *Rau*, dans Ztschft f. St. W., 1853, pp. 605 ss.

mun entre elles : construire des digues contre les inondations, faire soigner des maladies contagieuses dans les hôpitaux, acheter des pompes à incendie et organiser le service des pompiers, installer l'éclairage des villes dans l'intérêt de la sûreté ; — tout cela fut considéré comme faisant partie de la police.

Mais avec le progrès du développement du droit administratif, on s'habituait à mettre plus de valeur dans les formes et les moyens de l'action administrative. On se souvint alors de l'autre élément qui jouait toujours un rôle dans les définitions qu'on donnait de la police : on réclamait pour la police, comme étant la forme qui lui est propre, la contrainte et ce qui, d'après le droit nouveau, la précède pour la diriger et la déterminer : l'ordre, le commandement, la défense, la permission, en un mot, les formes qu'on réunit sous le nom de *puissance d'autorité* (*obrigkeitliche Gewalt*) (10).

On aurait pu en rester là. Mais, dans quelques ouvrages plus récents, on va maintenant à l'autre extrême, en insistant exclusivement sur cet élément de contrainte. La police, a-t-on dit, c'est l'administration avec la puissance de contraindre, ou même : *la puissance de contrainte dans l'administration* (11). Mais il est facile de voir qu'ainsi encore on embrasse trop ; il y a, dans l'administration, beaucoup de contrainte n'ayant pas le caractère d'acte de police. On ne peut pas négliger le but spécial de ce pouvoir. Nous

(10) C'est surtout *Bluntschli*, Allg. Staatsrecht, II, pp. 169 ss., qui a fait ressortir l'importance des *moyens* par lesquels la police opère. Dans son sens : *Medicus*, dans Staatswörterbuch, VIII, p. 131. *v. Sarwey*, Allg. V. R., a très bien démontré comment cet élément de la notion de police a dû augmenter de valeur par suite du développement de la doctrine du droit administratif.

(11) *V. Stein*, V. Lehre, I, pp. 196 ss., se sert, dans ce sens, de l'intitulé caractéristique : « Le droit de police (droit de contrainte) ». Dans son sens : *Lœning*, V. R., p. 8 ; *G. Meyer*, V. R., I, p. 72 ; *Gerland*, dans Arch. f. Off. R., V, p. 74 : on peut ajouter *Rosin*, Pol. Verord. R., p. 133.

Digitized by Google

verrons quelle est son importance pour justifier et pour déterminer juridiquement les mesures de police ; le but sert aussi à tracer les limites nécessaires de la police. On a fait de vains efforts pour remplacer, dans la définition, ce but, par d'autres conditions (12). On a fait fausse route.

3) La notion de police, qui, en droit actuel, se dégage de tout ceci, apparaît comme une combinaison d'un but spécial vers lequel cette activité doit se diriger, avec des formes déterminées qui lui servent de moyens. La police est l'*activité de l'Etat en vue de défendre, par les moyens de la puissance d'autorité, le*

(12) *Lœning*, V. R., p. 8 : « La police est l'activité de la puissance publique dans la sphère de l'administration intérieure, en tant qu'elle exerce une contrainte contre les personnes ». En caractérisant la police au moyen de la notion d'administration intérieure à laquelle elle doit appartenir, on obtient une de ces définitions élastiques qui ne servent pas à grand chose et qui, cependant, sont difficiles à combattre. Il faut toutefois nous rappeler qu'il est souvent parlé de police en dehors de l'administration intérieure : il y a des mesures de police militaire (C. C. H., 4 juillet 1863, 9 juin 1866, 13 octobre 1866), des dispositions de police des supérieurs ecclésiastiques (C. C. H., 12 octobre 1872), des pouvoirs de police de justice (pour supprimer une personne morale : Sachs. Ztschr f. Pr., I, p. 284) ; surtout, il est souvent question d'une police de finance (comp. le § 30, note 2, ci-dessous). Pour combattre l'usage de ces termes, c'est vainement que l'on affirme que la police doit être restreinte à l'administration intérieure. — D'un autre côté, il y a, même dans la sphère de ce qu'on nomme l'administration intérieure, beaucoup de contrainte qui n'est pas de la police : obligation de se charger de fonctions publiques, contrainte pour la prestation de corvées en vue de l'entretien des chemins communaux (O. V. G., 24 octobre 1876, 14 octobre 1882), expulsion de certaines personnes qui pourraient devenir une charge pour la commune (O. V. G., 24 février 1883 ; Samml., IX, pp. 372, 427), enfin toute la contrainte qui s'exerce dans la discipline des écoles, des maisons d'aliénés, des dépôts de mendicité. Nous pouvons également ajouter la contrainte de payer les charges communales, les rétributions scolaires, les taxes des postes et télégraphes (O. V. G., 1er février 1874). C'est pour ne pas comprendre ces derniers cas qu'on a ajouté à la définition les mots « contre les personnes ». Mais si cela suffit pour exclure l'enlèvement d'objets corporels par la voie de saisie-exécution, cela exclut aussi la démolition des bâtiments menaçant ruine, l'abatage d'animaux dans les cas d'épizootie, la saisie d'aliments nuisibles. Tout cela ne serait donc pas de la police : la définition irait donc plus loin, dans ses restrictions, qu'elle ne le voudrait.

bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter (13).

II. — La police est, comme toute autre activité administrative, soumise aux conditions de l'Etat constitutionnel et des principes du régime du droit. Pourquoi, dès lors, les juristes s'efforcent-ils, même depuis le commencement de l'époque constitutionnelle, de restreindre autant que possible cette notion ? Pourquoi leurs appréhensions particulières vis-à-vis de cette manifestation, pourtant si nécessaire, de la volonté de l'Etat (14) ? L'Etat du régime constitutionnel et du régime du droit n'a-t-il pas à sa disposition toutes les formes nécessaires pour concilier les exigences du salut public et la liberté individuelle ? Pourquoi, enfin, continuons-nous à désigner cette partie, ainsi délimitée, sous le vieux nom de *police*, au-

(13) Plus ou moins dans ce sens : *Schulze*, D. Staatsrecht, I, p. 620 ; *Pözl*, Bayr. V. R., p. 203 ; *Ulbrich*, Off. Rechte, p. 62 ; *Leuthold*, Sächs. V. R., p. 14 ; *v. Kirchenheim*, Einf., p. 81 ; *Ernst Meier*, V. R. dans *Holzendorff*, I, p. 885 ; *Frank*, Gutachten f. J. K. V. München, 1898, VIII, pp. 34 ss. ; *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, V, p. 6. Ce dernier a, de son côté, constaté dans *Schonberg*, Handb., III. 2, p. 289, que nous sommes d'accord. Cela, d'ailleurs, n'empêche pas *Goldschmidt*, V. Stf. R., p. 481, note 107, d'affirmer le contraire. *v. Stein* présente, à lui seul, une collection de toutes les opinions divergentes. Après avoir, dans Lehre v. d. vollziehenden Gewalt (comp. la note 11 ci-dessus), défini la police « l'appareil de contrainte dans l'administration », il l'explique dans Handb. d. V. Lehre, p. 23, comme « la lutte organisée de l'administration contre le danger », tout à fait dans le sens des anciennes doctrines de *Zimmermann*, etc. (comp. la note 9 ci-dessus); enfin, dans l'article *Police* dans Wörterbuch, II, p. 248, cette lutte contre le danger se fait au moyen de commandements, de défenses et par le personnel d'exécution, ce qui est conforme à l'opinion que nous présentons ici : Il y a surtout un groupe de juristes prussiens qui professent encore les anciennes idées sur la nature et l'étendue de la police : *v. Roenne*, Staatsrecht, I, p. 550 ; *Primker*, Kompetenzkonfl., p. 57 ; *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, III, p. 157. On prétend que la notion de police est fixée par la législation prussienne et spécialement par A. L. R., II, 17, § 10. Mais la loi n'a fixé que les conséquences qu'elle a tirées de sa notion de police ; cette notion elle-même appartient à la doctrine et à son développement.

(14) On voit tout de suite le fanatisme de *C. S. Zachariæ* dans Vierzig Bücher, IV, pp. 296 ss. ; l'intitulé du chapitre dit déjà : « De ce que la police a de périlleux ».

Digitized by Google

quel se rattachent les souvenirs les plus cuisants de l'ancien régime et de sa puissance publique absolue et indéterminée, alors que, sous le régime du droit, elle a pris un caractère tout différent ? Pourquoi cela s'est-il seulement produit pour la police, et non pour les autres manifestations de l'activité de l'Etat, qui étaient aussi de la police et que nous en avons écartées ?

Nous répondrons à ces questions, quand nous montrerons que, en effet, dans la notion moderne de police, *il est resté quelque chose des idées juridiques fondamentales qui étaient à la base de l'ancien système du régime de la police.*

Cet ancien régime, chez nous, il faut le dire, ne fut jamais ce despotisme pur qui n'invoque et ne peut invoquer aucun titre juridique. Son titre — comme la philosophie du droit ne manque pas de le prouver — est la destination naturelle de l'homme et les *devoirs naturels* qui en résultent et que l'Etat est appelé et autorisé à faire valoir et à réaliser par la contrainte. Ce n'est qu'au moyen de ces devoirs généraux supposés, préexistants, que la maxime « l'autorité a le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de ses tâches » cesse d'être une simple proposition de ce qui doit être, pour devenir une réalité du droit positif (15).

(15) Sur l'influence de ces théories : *Bluntschli*, Gesch. d. Allg. Staatsrecht, pp. 237 ss. ; *Roscher*, Gesch. der Nat. Oekonomie, p. 347 ; *Funke*, dans Ztschft. f. St. W., 1863, pp. 523 ss. ; *Gierke*, Althusius, pp. 293 ss. Cette manière de comprendre le droit public se trouve exposée très clairement dans *Chr. v. Wolff*, Jus nat., VIII, p. 29 et Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben, § 227 ; avec application spéciale à la police : *Jung*, Lehrb. d. Staats-Polizei. W. (1788). On rencontre la même argumentation chez des auteurs qui, du reste, ne sont pas du tout favorables aux conséquences que le régime de la police en tire, par exemple, chez *Gönner*, Staatsrecht, p. 426. Ici s'explique peut-être aussi une lubie de notre *Kant*. Cet apôtre du régime du droit et de la liberté répugne fortement, cela va sans dire, à l'idée des devoirs innés des sujets. Il lui est impossible d'écarter tout

C'est par un souvenir du régime de la police et de ses idées, que, aujourd'hui encore, on place en tête des cours de droit public une énumération des devoirs généraux des sujets, à savoir : le devoir général d'obéir, de faire le service militaire, de payer des impôts. Ces devoirs sont partout sans valeur juridique aucune ; ce sont des idées que la législation réalise plus ou moins ; mais elles ne fournissent pas, même pour l'interprétation de ce que la loi a voulu faire, la base solide d'un devoir préexistant (16).

Toutefois, il y a, aujourd'hui encore, *un* devoir général incombant aux sujets, vis-à-vis de la société et vis-à-vis de l'administration qui en défend les intérêts, un devoir que, d'avance, nous considérons comme existant et inné : c'est le devoir des sujets de *ne pas apporter de trouble* au bon ordre de la chose publique, le devoir d'éviter soigneusement et d'empêcher les troubles qui pourraient provenir de leur existence. Que ce soit là un commandement moral, la chose est évidente ; il y a plus ; il s'agit non pas seulement d'un devoir moral, mais d'un devoir de nature juridique.

Le caractère juridique spécial de ce que nous appelons aujourd'hui la police, ce qui distingue ses institutions de toutes les autres institutions du droit administratif, c'est justement l'existence d'un devoir général préexistant, devoir que la police n'a qu'à réaliser et à faire valoir.

On parle généralement, dans la législation comme

à fait la police. *Kant* ne peut pas contester qu'il existe, en réalité, un pouvoir général qui se charge de la « sûreté, commodité et convenance » publiques et se prévaut d'un devoir général correspondant des sujets. *Kant* se contente donc d'enlever à ce pouvoir le caractère personnel d'une absence de liberté innée ; il lui donne pour base un rapport réel, la propriété supérieure du prince sur le territoire (R. Lehre, II, sect. I, note gén. A). Ces finesses n'ont pas été appréciées à leur valeur par les contemporains ; comp., par exemple, *Rosshirt*, Begriff d. Staatspol., p. 53.

(16) Comp. t. I, § 9, note 5 ci-dessus.

dans les actes des autorités, de *devoirs envers la police*, devoirs qui sont considérés comme juridiquement définis et valables, avant même qu'ils soient réglés d'une manière quelconque par le droit positif (17).

Dans notre régime du droit, où, d'ordinaire, on ne croit jamais avoir assez fait pour déterminer exactement les conditions et les objets des mesures d'autorité, on admet partout, en matière de police, les *pouvoirs les plus larges* et les *autorisations les plus générales* : le devoir supposé préexistant envers la police donne à ces autorisations une détermination juridique suffisante de leur mesure et de leur but (18).

(17) Ainsi, lors des débats du Pol. Stf. G. B. Bavarois de 1861, on a posé la maxime : « qu'on se borne à défendre les faits compromettant la sûreté, etc., mais qu'on écarte la contrainte pour des mesures édictées dans l'intérêt de la prospérité commune et de devoirs purement moraux ». Ainsi, la défense mentionnée en première ligne est censée ne pas s'appuyer sur des devoirs purement moraux. O. V. G., 10 novembre 1880 (Samml., VII, p. 351) : « Le propriétaire comme tel est obligé de tenir son immeuble dans un état propre à ne pas altérer des intérêts que la police est appelée à protéger ». Dans ce sens aussi, O. V. G., 5 décembre 1851, 15 avril 1884, 14 septembre 1885 ; spécialement encore O. V. G., 12 octobre 1889 (Samml., XVIII, p. 406) : le Stf. G. B. n'avait pas l'intention « de régler d'une manière complète les devoirs des individus en ce qui concerne la circulation de la monnaie ; ce règlement peut donc encore être fait par des dispositions individuelles de police ». Ainsi le devoir existe déjà, il n'est que déterminé plus exactement par l'ordre de police. A ce devoir naturel envers la police de ne pas troubler le bon ordre correspond, dans la sphère du droit civil, la maxime du droit de la nature : *neminem laede*. De là une affinité matérielle entre le délit privé qui dépend de cette maxime, et la contravention de police résultant de la violation de ce devoir.

(18) Ainsi, en Prusse, le pouvoir de police a son fondement dans l'A. L. R., II, 17, § 10, où l'on ne trouve qu'une mention extrêmement vague des tâches qui incombent à la police. De même, en France, on invoque la loi du 22 décembre 1789 qui dit simplement que l'administration départementale est chargée du maintien de la sûreté, de la salubrité et de la tranquillité publiques. Il est évident qu'il suffit du moindre contact avec un texte de loi, on dirait presque d'un prétexte que la loi puisse donner. En ce qui concerne ces autorisations générales, toute loi qui détermine plus exactement les obligations des individus envers la police devient une protection pour la liberté, puisque la police ne peut plus aujourd'hui, « pour des motifs de police généraux » (O. V. G., 10 novembre 1881, Samml., VIII, p. 318), « pour des motifs de droit public » (O. V. G., 2 janvier 1888, Samml., XVI, p. 326), exiger plus qu'il n'est dit dans la loi.

La réserve constitutionnelle exige qu'il y ait un fondement légal pour chaque atteinte portée à la propriété ou à la liberté ; mais il n'est besoin d'aucun fondement légal pour repousser directement par la force le trouble apporté au bon ordre. Ce n'est pas une atteinte réservée que de faire valoir simplement le devoir préexistant ; un fondement légal est nécessaire seulement dans le cas où l'on donne à ce devoir de nouvelles formes juridiques, ou lorsqu'on y ajoute des moyens de contrainte spéciaux, ou lorsque l'on cause de nouveaux préjudices pour le cas où ce devoir sera violé (19).

On saisira l'importance capitale de tout ceci lorsque nous exposerons les différentes institutions juridiques du pouvoir de police. Dès à présent, on comprend que l'idée de police renferme, en effet, une contradiction irréductible avec le formalisme sévère par lequel le régime du droit entend protéger la liberté. D'un autre côté, c'est grâce à ce fondement même d'un devoir préexistant du sujet réalisé par la police, qu'il est possible de délimiter plus exactement

(19) Nous en parlerons en exposant la doctrine de la contrainte directe (comp. § 24 ci-dessous). Voyez un cas spécial dans Württemb. Arch. f. R., XXII, p. 294 : un agent de police a été délégué pour surveiller une réunion politique ; le recours est rejeté par le V. G. H. Württemb. par arrêt du 2 octobre 1880 : le Württemberg, est-il dit, n'a pas de loi spéciale sur les réunions ; mais le droit de surveillance de l'Etat résulte de « la théorie générale ». Très significative est la controverse, qui est devenue encore aujourd'hui possible, sur la question de savoir si des commandements et des défenses de la police ont besoin d'un fondement légal. *G. Meyer*, Staatsrecht, § 178 ; le même, V. R., I, p. 78 ; *Zorn*, dans Annalen, 1885, pp. 309 ss., et d'autres veulent remplacer ce fondement légal par « la situation juridique générale de la police », par « un droit coutumier public », ou même par « des motifs politiques ». C'est évidemment l'idée, un peu confuse, du devoir préexistant des sujets envers la police ; mais si ce devoir existe et a des effets juridiques, ce n'est pas à dire que tous les moyens pour le ramener à exécution sont permis d'avance ; il faudra encore distinguer avec soin d'après leur nature ; les commandements et les défenses surtout ne sont pas des choses allant de soi. Comp. 20, note 2 ci-dessous.

et de reconnaître plus facilement la notion de police. Toutes les mesures et institutions qui tendent à protéger le bon ordre autrement que par l'emploi de la puissance d'autorité vis-à-vis des sujets, ne peuvent pas être de la police ; il ne s'agit pas alors, en effet, de faire valoir le devoir préexistant qui caractérise la police. A l'inverse, il est impossible de considérer la police comme le mécanisme universel de la contrainte en matière administrative ; c'est qu'en effet cette contrainte n'est de la police qu'autant qu'elle sert de moyen d'exécution pour ce devoir correspondant. Grâce à ce criterium si simple, disparaissent toutes les subtilités par lesquelles on cherche encore quelquefois à glisser, dans la notion moderne de police, des réminiscences des époques passées (20).

III. — La notion de *police* est plus large que celle

(20) Surtout, on s'efforce de glisser, dans le cadre de la définition nouvelle, un fragment de l'ancienne police de prospérité. La nature juridique de la police a été très justement qualifiée de « restriction de la police » (*Laband*, Droit public, édit. française, II, p. 527 ; *Seydel*, dans Annalen, 1881, p. 574 : son seul but est la répression du trouble causé par l'individu, il ne saurait être question d'utilités positives. Mais *G. Meyer*, tout en adoptant cette manière de voir, lui enlève son sens déterminé, en ajoutant que la restriction de la liberté pourrait se faire aussi dans un but « d'utilite positive » (V. R., I, p. 72). Il se prête à ce compromis pour pouvoir compter, parmi les mesures de police, l'obligation scolaire (comp. note 6, *loc. cit.*). *Pötl*, Grundriss zu Vorlesungen über Polizei, a visé ce même but d'une autre manière. La police, dit-il très justement (§ 1), a pour mission de défendre contre les dangers. Mais il voudrait pouvoir attribuer à la police, selon la vieille méthode, quelques institutions en vue de la prospérité publique ; pour cela, il lui suffit de faire apparaître dans le lointain un danger quelconque à combattre. C'est ainsi qu'il commence la partie spéciale placée sous la rubrique « Lutte contre les dangers généraux du bon ordre », par la charge scolaire et l'obligation scolaire. Pourquoi n'en serait-il pas ainsi ? L'intitulé signale expressément les « dangers » contre lesquels on lutte ici, à savoir « l'ignorance et l'abaissement moral ». Et donc, le caractère de police est sauvé ! De même, les syndicats forcés pour des irrigations sont des mesures de police contre les dangers de la sécheresse, les charges de l'assistance publique sont des mesures de police contre les dangers de la pauvreté, etc. On voit combien la formule, quoique partant d'une notion exacte en elle-même, permet, faute d'une signification précise, de faire des applications complètement illogiques.

de *pouvoir de police*. Le pouvoir de police est la manifestation de la puissance publique en vue de ramener à exécution le devoir général du sujet. La police est une espèce d'activité de l'Etat ; cette activité est caractérisée par le fait qu'elle agit avec le pouvoir de police. Le pouvoir de police forme le centre et l'essence de cette activité ; mais, en tant qu'activité pratique de l'Etat, la police y ajoute toute sorte d'*activité auxiliaire* à l'effet de préparer et d'aider l'objet principal. Cette activité auxiliaire, est pour une partie, sans caractère juridique, n'entrant pas en rapport direct avec les sujets : surveillance générale, collection et classification des observations faites, publication de renseignements et d'avertissements. Pour une autre partie, cette activité auxiliaire entre en rapport juridique avecles sujets, et se sert de toute sorte de formes de droit civil et administratif : des fonctionnaires et des employés sont nommés ; on leur prépare tout ce qui leur est nécessaire, on loue des bureaux, on achète du matériel. Tout ceci ne nous occupera pas; il ne sera question ici que du pouvoir de police et de ses formes. C'est encore un de ces « conglomérats » dans lesquels la réalité de l'administration réunit les différentes institutions juridiques.

Nous ne pouvons quitter cette matière sans avoir pris position sur quelques classifications, qu'on a l'habitude de faire concernant la police et au moyen desquelles on se donne quelquefois l'air de relever encore d'autres éléments juridiques distinctifs. Il y a, à cet égard, une terminologie assez prolixe.

1) On distingue d'abord la *police judiciaire* et la *police administrative* (*gerichtliche und administrative Polizei*).

Tout fait punissable du droit pénal commun est, en même temps, un trouble du bon ordre, que la police est chargée d'écarter. Mais la police judiciaire a une autre mission.

L'expression *police judiciaire* a une origine française. Lors de l'installation du procureur du roi auprès des tribunaux, le personnel de la police de sûreté subordonné à ce fonctionnaire fut mis au service de la justice criminelle. Le mot *police* avait, dans l'ancien régime de la France, la même extension qu'avait chez nous, le terme *Polizei*. Tout ce qui était fait par la puissance publique en vue du bon ordre de la justice criminelle, en dehors de la solution directe de la question de droit par débats et jugements, fut donc appelé police judiciaire (21).

Cette expression s'est conservée; notre droit moderne, suivant le modèle français, l'a adoptée pour un certain cercle des activités auxiliaires de la justice criminelle. La police judiciaire comprend l'activité de l'Etat en tant qu'elle a pour but de *constater des faits punissables et d'assurer la punition du coupable*. Cette mission est confiée très correctement aux organes de la police. Mais il est évident que ce côté de leurs attributions n'est pas de la police au sens moderne du mot. La police judiciaire, par sa nature juridique, appartient à la justice criminelle; elle tire ses règles du code d'instruction criminelle. Seule, la *police administrative* est vraiment de la police (22).

2) *Police préventive et police répressive* (*vorbeugende und zwingende Polizei*). Ce sont également des expressions empruntées aux jurisconsultes français. La distinction vise principalement le cas d'un fait punissable et la manière d'agir de la police : avant le fait, la police s'efforce de l'empêcher ; après le fait, il s'agit d'assurer le châtiment du coupable La distinction coïncide donc avec celle de la police administrative

(21) *Medicus*, Staatswörterb., article Gerichtl. Pol., IV, pp. 208 ss.; *Foerstemann*, Pr. Polizei R., p. 124 ; ma Theorie des Franz. V. R., pp. 161 ss.

(22) *Lœning*, V. R., p. 8 ; *v. Sarwey*, Allg. V. R., p. 76 ; Mot. z. G. V. G., p. 170 (*Hahn*, Mat., I, pp. 15 ss.).

et de la police judiciaire. Ainsi, le but de ces termes techniques est de constater que la police « préventive » n'est pas tenue, en ce qui concerne ses mesures de contrainte, de suivre les formes spéciales du Code d'instruction criminelle (Str. Pr. Ord.) (23).

Entendue en ce sens, la classification est assez innocente. Il en est autrement si l'on cherche, derrière ces mots, un principe plus profond qui permettrait de caractériser plus intimement les différentes activités de la police. Il n'en peut alors résulter rien de bon (24).

3) *Police de sûreté et police d'administration* (*Sicherheits und Verwaltungs polizei*). C'est la classification la plus récente.

L'exercice du pouvoir de police, avec ses activités auxiliaires, peut constituer à lui seul, des branches de l'administration, chargées de tout ce qui concerne certaines matières. A titre d'exemples principaux, on peut citer : la police des étrangers, la police de la presse, la police des associations et des réunions. C'est ce qu'on appelle la *police de sûreté*. La police peut aussi se joindre à une branche d'administration dont

(23) O. Tr., 4 janvier 1872 (J. M. Bl., p. 89) distingue : « l'arrestation préventive et l'arrestation pénale » (*Verhütende und Strafrechtliche Verhaftung*). R. G., 9 janvier 1885 : « les saisies de police préventive et les saisies de procédure criminelle ». Cpr. surtout *Walter* dans Sächs. Ztschft. f. Pr., II, pp. 49 ss. Les Français désignent quelquefois, sous le nom de police préventive, la surveillance et l'ordre de la police, et, par police répressive, la contrainte et la punition : ma Theorie d. Franz. V. R., p. 165. *Bornhak*, Preuss. Staatsrecht, III, p. 159, note 1, paraît commettre un malentendu en prétendant que cela revient à dire : « l'ordre et la contrainte sont différents dans leur but ».

(24) « Il y a police répressive, lorsque la violation ou le trouble ont déjà commencé et qu'il s'agit seulement de s'opposer à leur continuation ; il y a police préventive quand le danger n'a pas encore produit d'effet nuisible et qu'il s'agit de l'empêcher d'avoir un effet quelconque ». En ce sens, *Pözl*, Grundriss zu Vorlesungen über Pol., p. 14 ; dans le même sens, *v. Roenne*, Pr. Staatsrecht, IV, p. 96. Dès lors, une mauvaise police sera toujours répressive ; elle ne fermera un puits que lorsque quelqu'un sera tombé dedans.

le caractère principal est déterminé par une autre activité et dans laquelle la police figure comme coordonnée ou même comme auxiliaire pour atteindre un but commun. La police prend alors le nom du but poursuivi ; c'est ainsi qu'on parle de *police de la voirie*, *police des cimetières*, *police militaire*, *police forestière*, etc. C'est ce qu'on veut appeler *police d'administration* (25).

Il est facile de voir qu'on n'a pas été heureux dans le choix de ces expressions. Malgré tout, cette classification serait sans danger, si l'on ne s'efforçait pas de donner un sens aux expressions choisies. Il est arbitraire de vouloir expliquer la *police de sûreté* comme étant la « protection de l'ordre légal », et la *police d'administration* comme étant, au contraire, la « protection des intérêts particuliers de l'administration ». C'est ainsi que non seulement on n'arrive pas à une distinction nette et claire, mais qu'on présente les matières que l'on prétend classer, sous un jour tout à fait faux (26).

(25) *Gerland*, dans Arch. f. Off. R., V, pp. 9 ss. ; *Loening*, V. R., p. 259 ; *v. Stein*, Handb. (3e éd.), p. 218 ; le même dans Wörterbuch, II, p. 247 ; *v. Kirchenheim*, Einf., p. 82 ; le même, dans *Conrad*, Handb., V, p. 165.

(26) Puisque le danger couru par l'ordre légal est essentiel pour qu'il y ait police de sûreté, on est obligé de donner à l'avance, bon gré mal gré, ce caractère aux choses qu'on veut y ranger : la situation juridique des étrangers, de la presse, des associations et des réunions ne manquera pas d'en souffrir. N'oublions pas qu'en Prusse, le ministère de l'intérieur, d'après la classification observée dans sa feuille officielle, range aussi le phylloxéra parmi les dangers à combattre par la police de sûreté ; le phylloxéra est donc, pour parler comme le *Kammergericht* de Berlin (*Binseel*, VII, p. 304), parmi les « personnes ou entreprises dangereuses pour l'ordre légal ».

Digitized by

§ 19

Les limites du pouvoir de police

Le pouvoir de police consiste dans la réalisation, par l'autorité, du devoir supposé général qu'ont les sujets de ne point troubler le bon ordre de la chose publique. Son action est déterminée de différentes manières, dans les formes propres au régime du droit. Mais c'est le fondement de ce pouvoir dans le droit de la nature, qui donne la mesure et la direction de ce qu'il est censé vouloir et de ce qu'il lui est licite d'accomplir sans prévision spéciale ; c'est lui qui fournit le cadre dans lequel se produisent ses institutions juridiques. Ainsi, la nature de ce devoir général trace les limites juridiques du pouvoir de police, en ce qui concerne les conditions et le contenu de son action.

I. — Qu'est-ce que l'individu, dans l'Etat, est obligé, d'avance, de ne point troubler ? Qu'est-ce que la police doit protéger contre ses troubles ? On l'exprime de différentes manières. Nous l'avons désigné par les mots « le bon ordre de la chose publique » (*gute Ordnung des Gemeinwesens*).

Il ne faut pas penser ici aux collectivités constituées du droit public, à l'Etat et à la commune ; le bon ordre n'est pas nécessairement un ordre juridique.

La chose publique, dont il s'agit ici, est ce fragment de société humaine, auquel l'Etat est superposé. C'est la grande communauté de vie qui enveloppe le peuple, pour lequel il existe, et qui existe pour lui, dont les forces sont les siennes ; c'est en cela qu'elle intéresse le peuple. Cette société constitue une chose commune

Digitized by Google

par les rapports réciproques qu'elle crée entre les individus qu'elle comprend : ce qui, bon ou mauvais, arrive à l'individu est le résultat d'innombrables rapports avec l'état général de la chose publique, rapports qui ne sont pas perceptibles dans leurs détails ; à l'inverse, la conduite de l'individu a, au delà de son effet direct, un contre-coup plus ou moins important sur l'état général (1).

C'est seulement de ce dernier point qu'il s'agit ici : il n'est question que *des manifestations sociales de la vie de l'individu*. Elles peuvent être utiles ou nuisibles. Est utile tout ce qui est propre à augmenter les forces économiques, intellectuelles et morales de la société ; l'ancienne police de la prospérité avait invoqué et fait valoir un devoir de chaque individu d'y contribuer.

La notion moderne de la police ne s'occupe que des manifestations de la vie individuelle propres à produire des *effets sociaux nuisibles*, c'est-à-dire de compromettre les forces salutaires contenues dans la société.

Nous entendons donc, par le maintien du *bon ordre* de la chose publique, un état général de la société, dans lequel les forces sociales sont compromises le moins possible par des effets nuisibles. En distinguant les divers côtés de cet état selon les différentes espèces d'effets nuisibles qui le menacent, on a les notions de la tranquillité, de la sûreté, de la salubrité, de la moralité publiques et de l'ordre public dans le sens spécial.

Est réputé *trouble* du bon ordre, toute manifestation

(1) La notion de société a déjà maintes fois été mise à profit pour le droit administratif : *Gneist*, Rechtsstaat, p. 21 ; le même, Die nationalen Rechtsideen von den Ständen ; *V. Stein*, Begriff der Gesellschaft u. die sociale Geschichte der franz. Rev., I, introd. ; le même Handb. d. V. Lehre, p. 738 ss. ; *Roesler*, V. R. I. p. 2 ss. Ce qui a été dit de mieux sur la police et la société civile et sur leurs rapports réciproques est encore *Hegel*, Rechtsphilosophie, § 182 ss., § 231 ss.

de la vie de l'individu, susceptible de compromettre, par son effet social, les forces contenues dans la société.

L'individu étant obligé de s'en abstenir, le trouble sera combattu par le pouvoir de police comme *fait contraire à la police* (*Polizeiwidrigkeit*).

Mais il ne suffit pas que la vie individuelle cause un trouble quelconque pour qu'il y ait fait contraire à la police ; ce qu'il faut considérer, c'est le devoir général envers la police.

1) L'existence individuelle présente une valeur pour la société ; les préjudices que l'individu se cause à lui-même sont un dommage pour la société. Toutefois, en principe, l'individu s'appartient d'abord à lui-même ; ce qui n'excède pas la sphère de l'individu n'est pas considéré comme un dommage social que l'on doive éviter. C'est ainsi que se forme la notion de la *vie privée*, sphère de l'existence individuelle inaccessible à la police parce qu'elle ne regarde pas la société.

Quant à savoir jusqu'où s'étend cette liberté de la vie privée, cela résulte en grande partie des usages et des habitudes, sans qu'on puisse cependant parler d'un droit coutumier.

Pour une grande partie, la sphère de la vie privée coïncide avec celle du *domicile privé*. La plupart des événements qui se passent dans la maison fermée sont insusceptibles d'avoir un effet au dehors et d'influer sur la situation de la chose publique. De là la différence frappante qui existe dans la manière de procéder pour les mêmes choses, selon les *localités*. Les choses les plus dangereuses, comme des armoires mal fixées, des plafonds menaçant ruine, des vases tachés de vert-de-gris sont tolérés dans le domicile privé ; au contraire, le pot de fleurs placé à la fenêtre, le vase dans le magasin sont soumis à la police.

L'intérieur de la maison lui-même avec tout ce qui s'y trouve tombe sous la surveillance de la police, dès qu'il est accessible à des personnes étrangères qui y passent et y circulent.

Cela se produit encore plus fortement pour tous les côtés de la vie domestique, qui, par eux-mêmes, sont susceptibles d'avoir un effet sur le dehors : la police des incendies, de la salubrité publique, des mœurs, etc. s'en occupe fréquemment.

La vie privée a donc bien son centre dans le domicile privé ; mais ses limites sont plus restreintes à certains égards, et plus larges à d'autres, selon la susceptibilité de la chose publique. La mesure de police qui, pour les choses que nous venons d'énumérer, va de soi, a, dans les cas ordinaires, besoin d'être justifiée par des circonstances particulières qui font que l'inconvénient qui existe dans la maison touche non pas seulement la vie privée, mais encore le *public*, c'est-à-dire la société (2).

(2) O. V. G , 19 septembre 1883 (Samml. XII, p. 393). L'autorité de police exige l'éclairage de l'escalier d'une maison privée ; le tribunal considère, que, dans cet escalier, il y a une grande circulation de personnes ; « sans l'éclairage, il y aurait du danger pour beaucoup de personnes qui n'ont pas chosi ces logements, mais qui, ces logements étant habités, sont forcées de circuler dans la maison » ; la mesure est donc justifiée par A. L. R. II, 18, § 10. S'il s'agissait de ceux qui ont choisi le logement, la police n'aurait donc pas à intervenir ; pour ceux-là, l'état de l'escalier forme une partie de leur vie privée. — O.V.G. 18 novembre 1878 (M. B. d. J., 1875, p. 7) : il a été enjoint au propriétaire d'éloigner son rucher ; il oppose qu'il n'y a pas de rue dans le voisinage, qu'il y a seulement un chemin de défrichement ; mais « il suffit que le rucher du demandeur, outre les habitants de sa maison, incommode et mette en danger d'autres individus qui sont dans l'exercice de leurs intérêts légitimes ». Ces « autres » représentent le public ; les habitants de la maison appartiennent à la vie privée et ne sont pas protégés par la police. — Tandis que, dans ces décisions, par l'indication des motifs spéciaux des mesures de police, la limite est suffisamment marquée, le cas est moins clair dans les décisions, R. G. 19 avril 1881 et 10 novembre 1881 (Samml. Stf. S., IV, p. 110, 111). Il s'agit de la validité du fameux règlement de police berlinois portant interdiction des clefs de tuyaux de poêle. Le tribunal en reconnaît la validité, croyant avoir suffisamment motivé cette décision par la maxime incontestable : « que l'inviolabilité de la propriété n'interdit pas de prendre des

Digitized by Google

2) D'ailleurs, tous les faits par lesquels l'individu agit en dehors de sa vie privée, produit des effets nuisibles ou fait courir des dangers pour une sphère extérieure, ne sont pas à considérer comme des troubles du bon ordre de la chose publique. Ici encore, le bon ordre même de la chose publique veut que l'on reconnaisse une certaine sphère de liberté. Et cette liberté sociale se manifeste dans deux directions : liberté *de se conduire*, liberté *de disposer*.

Dans la vie en commun des hommes, chaque existence individuelle comporte nécessairement, pour la chose commune, certains inconvénients qu'il est impossible de faire disparaître, à moins de détruire cette existence même. Tout homme est pour son prochain la cause d'innombrables incommodités et dommages qui ne pourraient être évités ou réparés qu'avec des frais exorbitants ou même qui ne pourraient pas l'être du tout. La chose publique éprouverait plus de dommages, s'il fallait supprimer ces conséquences de la vie, que si elle accepte ces *troubles nécessaires*.

mesures dans l'intérêt de l'ordre public ». Par ordre public, on comprend régulièrement un côté spécial du bon ordre de la chose publique, à savoir l'état paisible des formes extérieures de la vie publique ; *Foerstemann*, Pol. R., p. 6 : « la marche harmonieuse des institutions du droit public » ; comp. O. V. G., 14 juin 1882 (Samml. IX, p. 374). Le tribunal de l'Empire a pris ici l'expression dans un sens général, comme synonyme de bon ordre de la chose publique ; dans l'intérêt de l'ordre public signifie donc : dans l'intérêt de la police. Mais ici commence la difficulté, que le tribunal n'a pas vue. « Est-ce qu'il va de soi que la police puisse me prescrire un certain arrangement de ma chambre ? » Le contraire semble bien devoir être considéré comme la règle, même en présence des expressions les plus générales des autorisations légales. Quand on fait une exception et que l'on règle, pour prévenir les accidents, l'arrangement d'un logement privé, il faut motiver cette mesure en démontrant qu'il se produit des effets qui, excédant les limites de la vie privée, justifient la mesure de police. Il est vrai qu'il s'agit ici d'un accessoire permanent dans l'arrangement de la chambre, accessoire qui présente des dangers pour la population instable de la maison de grande ville, population qui accepte cet arrangement et s'en sert, tel qu'il existe et tel qui a été trouvé, sans choisir ; on pourrait donc dire que le « public » y est intéressé. Toutefois, la décision ne laisse pas d'être douteuse ; il n'aurait pas été inutile de s'expliquer un peu plus clairement.

Il ne faut donc pas considérer comme un devoir social de l'individu de s'abstenir de ces troubles ; par conséquent aussi, il ne rentre pas dans les pouvoirs naturels de la police d'intervenir ici. La même idée qui, dans la sphère du droit civil, vient limiter, d'avance et en vertu d'un droit de la nature, la propriété au profit de certains inconvénients inévitables du voisinage laisse, jusqu'à un certain degré, le public sans protection et enlève au pouvoir de police une sphère qui représente le minimum de liberté de conduite sociale (3).

D'un autre côté, on peut aussi tenir compte de la liberté de la personne lésée. Léser un individu par un fait punissable est toujours, en même temps, un trouble au bon ordre de la chose publique. Mais en tant

(3) O. V. G., 10 décembre 1879 : « il n'y a pas lieu de protéger le public contre de simples dérangements et incommodités ». Il s'agissait du bruit occasionné par une place de tir. La maxime citée, avec cette généralité, est fausse. Le public, en effet, est aussi protégé contre le bruit incommodant, mais uniquement lorsque ce bruit ne se produit pas dans les limites reconnues de la liberté sociale, « dans l'exercice d'intérêts légitimes ». En ce sens O. V. G., 25 juin 1888 ; des musiques ne peuvent pas simplement être défendues pour cause d'incommodité du public ; la police ne pourrait procéder que sous le point de vue du § 360, chiff. 10. Stf. G. B., par suite, seulement dans le cas où le bruit musical incommodant serait fait « injurieusement » (ungebührlicherweise). O. V. G., 18 septembre 1884 déclare que la police n'est pas admise à procéder contre la cheminée d'un boulanger qui incommode le voisinage par des flocons de suie : seuls les dangers pour la vie et la santé peuvent, d'après A. L. R. II, 17, § 10, être combattus. Tel n'est pas le véritable motif : si le tribunal n'avait pas considéré le boulanger comme autorisé, par la liberté sociale, à incommoder ainsi ses voisins, il lui aurait été facile de considérer les flocons de suie comme faisant courir un danger quelconque à la salubrité, à la sécurité ou à la tranquillité. Le ministère de l'intérieur du royaume de Saxe a, par ordonnance du 30 mai 1880, désapprouvé la mesure prise contre la cheminée d'un forgeron, attendu que le voisin seul s'était plaint. Par contre, il a laissé sévir la police contre la cheminée d'un boulanger, parce que « l'état de choses à diverses reprises, avait occasionné des plaintes de la part d'un public considérable » (Sächs. Ztschft f. Pr. I, p. 279). Le nombre considérable des plaignants prouvait, sans doute, une production de fumée excessive, on n'était plus dans la liberté sociale ; mais remarquons qu'il s'agit, en même temps, de l'opposition entre le « public » et le voisin, opposition qui touche encore la sphère de la vie privée.

Digitized by Google

que la volonté de la personne lésée peut exclure soit la pénalité (consentement), soit la poursuite (« Antragsdelicte » dont la poursuite ne peut avoir lieu que sur demande), le pouvoir de police ne peut, à l'encontre de cette volonté, prendre des mesures de défense qu'autant qu'il y est poussé par des considérations particulières et indépendantes.

Cela se produit encore plus clairement dans des rapports purement civils. Si le droit civil appartient au bon ordre de la chose publique, le dommage civil, sans doute, est un trouble de ce bon ordre. Mais le bon ordre consiste ici justement en ceci que la victime soit seule appelée à provoquer le redressement du trouble, et que l'auteur du dommage ne puisse pas être contraint par une autre voie. L'autorité de police s'immiscerait peut-être dans la compétence des tribunaux civils, si elle voulait s'occuper du rétablissement de l'ordre du droit civil. Mais ce qui est certain, c'est qu'elle porterait ainsi atteinte à la liberté des intéressés qui ont le droit et le devoir de régler entre eux ces affaires, sans que la société ait à intervenir autrement que pour leur venir en aide dans la forme de la justice civile. Quand le pouvoir de police procède « à la protection de droits privés », ce n'est qu'en apparence ; en réalité, c'est toujours un intérêt du bon ordre qu'il a en vue spécialement (4).

(4) L'ancien droit, il est vrai, n'était que trop disposé à admettre un intérêt public concurrent. *Foerstemann*, Pol. R , p. 6-18, en cite une série d'exemples. Aujourd'hui encore, cela se rencontre surtout dans le droit de la domesticité (Gesindewesen), où des conventions de droit civil sont protégées par la police dans un prétendu intérêt public. Sur les principes du droit moderne, O. V. G., 26 mars 1881, désapprouvant l'ordre de police enjoignant au patron de rendre au domestique congédié les hardes, qu'il avait retenues, déclare : « la police ne protège que contre des dangers, non contre des préjudices (?) ; le règlement de rapports de droit privé lui est étranger par principe». O. V. G., 18 septembre 1878 : la police « ne protège contre les dommages résultant des faits volontaires des autres que dans le cas d'une pénalité ». Ord. du Min. (Saxe) du 30 mai 1880 (Sächs. Ztschft f. Pr. I, p. 279.

3) Il faudrait considérer comme préjudice social, sous forme d'un *lucrum cessans*, le *dommage causé à toute entreprise susceptible de produire un effet utile*, de créer des valeurs économiques ou intellectuelles. Mais, en règle, à raison d'autres principes, cela est sans conséquence pour la police. Toutes les fois, en effet, qu'il s'agit d'une entreprise individuelle menacée, l'activité de la police pour la défendre s'efface devant le droit de disposition qui appartient au propriétaire : le droit civil et le droit pénal déterminent, en première ligne, les formes de la protection.

La police, comme nous venons de le voir, ne se charge de la protection de ces intérêts qu'à titre exceptionnel et subsidiaire. Toutefois, il est certaines entreprises qui ont une situation privilégiée : ce sont celles qui sont destinées et qui ont été reconnues aptes *à servir directement l'intérêt public*. Il est incontestablement du bon ordre de la chose publique que ces entreprises vivent et fonctionnent ; c'est une charge absolue de la police de les protéger contre des troubles.

L'objet de cette protection, c'est l'activité propre de l'Etat et des personnes morales qui le remplacent, ou de l'entrepreneur concessionnaire, ainsi que la possession qui y sert. Quand cette activité a des rapports réguliers et étendus avec le public — comme c'est le cas pour les services ou établissements publics — il se forme une branche spéciale de la police, la *police des services publics* (Anstaltspolizei) : il y a, pour les rues, les canaux, les fleuves, les chemins de fer, les cimetières, les audiences des tribunaux, une police propre destinée à assurer leur bon fonctionnement.

annule un décret de police qui avait imposé au propriétaire un changement dans son immeuble au profit du voisin, par le motif que « l'autorité de police n'a qu'à protéger le droit public et non pas le droit du voisin ».

Toutes les entreprises de l'Etat ne sont pas protégées par la police : les entreprises fiscales sont, sous ce rapport aussi, considérées comme des entreprises privées (5).

D'un autre côté, il se peut que les entreprises et les propriétés des individus soient reconnues comme d'utilité publique ; de telle sorte que, pour le bon ordre de la chose publique, elles jouissent d'une protection absolue de la part de la police, même contre le propriétaire ; c'est surtout le cas pour les sources thermales et pour les forêts (6).

Toutefois, le devoir général du sujet envers la police interdit seulement d'apporter un trouble *direct et matériel* à ces choses ; car c'est simplement dans leur état physique extérieur qu'elles se présentent comme intimement liées au bon ordre de la chose publique. Ce qui ne les touche que dans leurs relations extérieures ne devient pas un fait contraire à la police (7) ; il ne faut pas considérer, non plus, comme en dehors de la sphère de la libre conduite des individus, ce qui serait seulement susceptible de porter atteinte aux conditions générales de leur effet social. Seules, des institutions juridiques spéciales peuvent apporter des restrictions semblables (8).

(5) Nous y reviendrons en exposant la doctrine des choses publiques et de la jouissance des services publics. Comp., aussi § 24, I, ci-dessous.

(6) *Foerstemann*, Pol. R., p. 7 : « Il faudrait y voir une délégation du droit de l'Etat à une protection sérieuse de ses forêts par la police, délégation faite au profit des communes et des particuliers ». Mais comme cette protection de la forêt est dirigée aussi contre le propriétaire lui-même, la seule explication est celle du point de vue général : la forêt, quel qu'en soit le propriétaire, est considérée comme une valeur de l'ordre social, comme un bien d'utilité publique, à la manière des services publics.

(7) O. V. G., 2 septembre 1885 : la police locale, sur la réquisition de l'autorité militaire et dans l'intérêt de cette dernière, obtient, par la voie de contrainte, la restitution au propriétaire d'une légitimation militaire, que le patron retenait. C'est non pas une « mesure de police », mais « affaire de supériorité territoriale ». Comme mesure de police, cela n'aurait pas pu être maintenu.

(8) Cette question a été vivement discutée à l'occasion des poursuites

II. — Le pouvoir de police tend à réaliser le devoir général qui incombe au sujet de ne point troubler le bon ordre de la chose publique. Cette réalisation consiste dans la défense contre le trouble contraire à ce devoir. Mais le contenu général de cette défense est déterminé, quant à sa direction, à sa mesure et à sa qualité, par sa connexité même avec ce devoir.

1) La puissance d'autorité, par sa nature même, a besoin d'une *personne* sur laquelle elle agit. En ce qui concerne le pouvoir de police, cette personne ne peut être que le sujet duquel émane le trouble apporté au bon ordre de la chose publique. Il est évident, en effet, que le devoir d'éviter le trouble ne peut se réaliser que contre celui qui le viole ou est en train de le violer.

La question de savoir quelle est cette personne ne peut pas, il est vrai, se résoudre d'après les formes de la causalité, telles qu'elles sont pratiquées par le jugement pénal ou moral. La police n'a pas affaire à l'homme en soi, mais à l'individualité sociale qui est placée vis-à-vis de l'ensemble social. Le trouble émane de celui dont la *sphère d'existence* le produit. On ne

provoquées autrefois par l'administration des postes de l'Empire contre les entreprises postales privées. On voulait forcer ces dernières, par la voie de police, à ne plus s'appeler « postes ». O. V. G., 14 novembre 1887, reconnaît que le fonctionnement des postes de l'Empire éprouve des inconvénients considérables par suite de cette désignation. Mais les postes de l'Empire, quoiqu'elles constituent non une entreprise industrielle du fisc, mais un service de communication, n'appartiennent cependant pas « aux services de communication dépendant de la police, qui, comme les voies publiques, les ponts, bacs, fleuves, ports, etc., sont soumises aux mesures et à la surveillance des autorités de police et, par conséquent, jouissent de la protection de la police contre toute atteinte dommageable sans restriction Par conséquent, il n'y a pas lieu ici à des mesures de police au point de vue de l'ordre public ». Si la police joue ce grand rôle pour les voies publiques, etc., c'est parce que celles-ci présentent des objets exposés à des atteintes directes et matérielles ; dans la question des postes privées, il s'agissait d'inconvénients indirects causés par la concurrence. Un trouble de cette nature n'a pu être écarté que par une loi positive (Loi du 30 décembre 1899), qui a le caractère non d'une mesure de police, mais d'un monopole.

lui impute pas seulement sa conduite personnelle. On lui reproche aussi l'état dangereux de ses biens, les dommages qui menacent le bon ordre à raison de sa vie domestique, de son industrie...; enfin, pour toutes les choses dont il est le *centre social*, il porte la responsabilité sociale ; il peut être frappé de mesures d'autorité pour qu'il évite le trouble, pour qu'il le fasse cesser et pour qu'il le répare (9).

Quelque étendue que soit cette responsabilité, elle a cependant, à cause de son fondement même, des limites : la police ne peut pas rendre l'individu responsable des troubles qui émanent d'une sphère d'existence étrangère.

S'il ne s'agissait que d'écarter, par la puissance d'autorité, les troubles à la chose publique, le moyen le plus simple pour atteindre ce but serait souvent de commander au voisin de celui dont émane le trouble une mesure qui y remédierait simplement et sans beaucoup d'embarras. Ou bien l'on défendrait à l'un une conduite admissible en elle-même, bien que non nécessaire, parce qu'elle donne à l'autre un motif puissant de causer des troubles. Les autorités « pratiques » y sont toujours disposées, cela se comprend ; cela semble si humain et si raisonnable.

Mais c'était justement l'ancienne police, avec son idée généreuse du devoir qu'a chacun « de contribuer au perfectionnement du prochain ».

Notre police, la police du régime du droit, n'a maintenu une obligation semblable que dans une étendue toute restreinte ; les mesures de police ne peu-

(9) En ce sens, *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, V. p. 6, exige avec raison un trouble par des *hommes*. *G. Meyer*, V. R. I, p. 72 note 6, trouve, que cela restreint trop la notion de police. Il pense aux troubles causés par des choses contre lesquelles la police devrait agir, par exemple un bâtiment menaçant ruine. Mais s'il considère la démolition de ce bâtiment comme une restriction apportée à la liberté personnelle du propriétaire, le danger que présente ce bâtiment doit être considéré, au même titre, comme un trouble émanant du propriétaire.

vent atteindre que celui qui est responsable du trouble, celui dont il émane.

Aujourd'hui encore, il n'est pas interdit de réquisitionner l'individu par des atteintes portées à sa liberté et à sa propriété ou même par des prestations et par des services spéciaux qu'on lui impose, en vue de combattre le trouble réel ou menaçant causé par un autre individu. Mais cela n'est pas compris dans les autorisations générales de la police ; il faut, pour cela, un fondement légal spécial ; il en résulte des institutions juridiques propres qui n'appartiennent pas à la police, des servitudes, charges et impositions qui, d'après leur nature juridique, ressortissent à un autre chapitre (10).

(10) O. V. G., 8 avril 1885 : la police enjoint à un propriétaire de faire disparaître un obstacle qui empêche, dans son immeuble, l'accès d'un étang pouvant servir en cas d'incendie. Le tribunal désapprouve : « la police est tenue d'observer certaines limites vis-à-vis des droits privés. C'est, en effet, une condition de son action, que le danger possible émane du tiers qu'elle frappe par ses mesures, ou de sa propriété, ou que ces mesures reposent sur une prescription positive de la loi ». Dans ce dernier cas, comme nous l'avons dit, la chose entrera dans une autre forme de droit que celle de la police. O. V. G., 11 octobre 1884 (Samml. XI, p. 382) : dans un logement privé, une secte tient des réunions d'édification. La police exige que les portes et fenêtres soient closes, afin que les passants ne soient pas froissés et que les réunions ne soient pas troublées par eux. Le tribunal dit très justement : « si des tiers, à l'occasion d'une réunion licite, troublent l'ordre public, la mesure de police ne sera pas dirigée contre la réunion ; elle doit tendre à éloigner ceux qui apportent le trouble ». La décision C. C. H., 14 avril 1860 (J. M. Bl. 1861, p. 136), qui semble être en contradiction, s'explique par une restriction imposée à la propriété par le droit public qui, en effet, peut changer la direction des devoirs de la police. Nous y reviendrons. Mais ce sont encore les idées de l'ancienne police qui triomphèrent dans le cas dont il est traité C. C. H., 12 novembre 1881 (J. M. Bl. I, 1882, p. 5) : le Landrat enjoint à un propriétaire de faire écouler ses eaux ménagères non pas sur la voie publique, mais dans une rigole. Le propriétaire de cette rigole assigne le premier propriétaire, pour le faire condamner à ne pas agir ainsi. La demande est non recevable, parce qu'elle est dirigée contre une disposition de police ; l'injonction en question concerne, en effet, l'ordre public, dans l'espèce, la propreté de la voie publique ; « le demandeur, auquel il a été imposé de recevoir les liquides dans la rigole qu'il a devant sa maison », ne peut que demander une indemnité. La vérité est que le Landrat pouvait défendre de verser les eaux ménagères sur la

2) Le pouvoir de police ne saisit ses ressortissants qu'*en tant* que le trouble émane d'eux. Le fondement du pouvoir de police dans le droit de la nature exige que la défense soit *en proportion* du trouble ; ainsi est fixée la *mesure* de l'effort de la police. Il n'est pas à présumer que la loi, par les autorisations générales en vertu desquelles procède l'autorité de police, ait voulu permettre une défense excédant cette mesure naturelle. C'est ainsi que cette mesure naturelle acquiert l'importance d'une limite juridique sérieuse.

Le trouble qui émane de l'individu se présente souvent, dans l'ensemble des autres manifestations de son existence, comme une partie d'un ensemble d'activité plus étendue. Dans ce cas, le pouvoir de police ne doit pas, sans nécessité, supprimer, en même temps que le trouble, ce qui est licite et admis encore par la liberté sociale, et arracher ainsi le blé avec les mauvaises herbes.

Dans la mesure où cela est possible, le pouvoir de police doit faire une *distinction*. Cela s'appliquera surtout au cas où des faits contraires à la police ont lieu dans la sphère et à l'occasion d'une entreprise licite en elle-même, par exemple, des actions indépendantes qui ne touchent pas au caractère de l'entreprise elle-même. L'autorité de police qui, pour com-

rue ; mais imposer au voisin la charge de recevoir ces eaux nuisibles, cela excède les limites du pouvoir de police. Remarquons encore la forme singulière : il faut qu'il ait été imposé quelque chose à l'un par un ordre adressé à l'autre ! D'un autre côté, celui dont émane effectivement le trouble dont s'agit, n'est pas libéré de son devoir envers la police en prouvant que d'autres, par une conduite coupable vis-à-vis de lui, l'ont mis dans la situation de causer maintenant le trouble. Württ. Min. d. I. 28 avril 1876 (*Reger*, III, p. 340) : à Stuttgart, on a remblayé une rue ; à la suite de ce travail un immeuble contigu devient marécageux ; la police enjoint au propriétaire de le remblayer également. Celui-ci oppose que la construction de la rue en est la cause, et que les voisins déversent leurs eaux sur son terrain. Décidé que la police ne peut s'en prendre qu'au propriétaire dont l'immeuble présente l'inconvénient ; que celui-ci alors fasse valoir contre les coupables, par la voie du droit civil, ses prétentions en dommages-intérêts.

battre le trouble, supprimerait, dans ces circonstances, l'entreprise entière, commettrait un excès de pouvoir (11).

Cette adaptation du pouvoir de police à la mesure du trouble ne s'effectue pas seulement dans la forme d'une distinction extérieure des faits à apprécier. Un seul et même fait peut, en lui-même, présenter le trouble à des degrés différents.

Ce fait peut être *directement* contraire à la police. C'est le cas le plus simple ; il a pour contre-partie le contenu également simple de la défense : le trouble est empêché, supprimé, réparé. Si l'on agissait toujours d'après ce modèle, le maintien de la police serait peut-être plus facile, mais aussi il serait dur et injuste, quelquefois même illégal.

Il peut arriver, en effet, qu'un état de choses ou une activité reste, en soi, dans l'ordre social, et ne devienne un trouble que par la mise en œuvre. A ce caractère illicite *relatif* ne peut correspondre une défense absolue. L'autorité de police ne peut interdire que conditionnellement « si les mesures nécessaires ne sont pas observées » ; ou bien elle se contente de commander directement ces mesures, sans mettre en question l'existence de l'entreprise même.

Il en sera de même quand, au lieu de détruire et de supprimer, on peut remédier au fait contraire à la police par des changements moins sensibles apportés à l'état de choses actuel. Si l'on hésite sur le point de savoir si vraiment on peut ainsi parer au danger complètement et en temps opportun, c'est naturellement

(11) O. V. G. 10 avril 1886 : un détaillant débite, dans son commerce, illicitement, de l'eau-de-vie ; la police menace de fermer la boutique. Une semblable mesure ne peut être dirigée que contre « l'état contraire aux règles ». Ici le commerce en lui-même est en règle ; ce qui est contraire aux règles, c'est uniquement le fait de débiter occasionnellement de l'eau-de-vie ; c'est cela seulement qu'il s'agira d'empêcher.

à l'autorité d'apprécier en toute conscience, selon les circonstances, s'il convient de préférer à cette répression restreinte, la suppression totale, définitive ou provisoire. Mais il y aura toujours des cas où l'on peut dire que le rétablissement de l'état normal de police est suffisamment assuré par le moyen le plus doux ; si alors l'autorité recourt aux mesures les plus rigoureuses, elle commet un excès de pouvoirs (12).

Enfin, il existe des cas où un trouble ne se présente, dans une entreprise, que comme une *possibilité*. Peut-être n'y aura-t-il jamais là, en réalité, un danger pour la chose publique. Seulement, l'entreprise, par sa nature, est susceptible de faire naître ou de favoriser ce danger ; elle est suspecte. Au trouble plus éloigné correspond la force de police qui se tient à distance. Ses mesures vis-à-vis de l'entrepreneur s'adoucissent ; ce sont des mesures de *surveillance* spéciale. Au lieu de la contrainte directe, l'entrepreneur aura à subir des investigations et des reconnaissances, auxquelles ne serait pas soumise une personne non suspecte ; au lieu de l'obligation de prendre des mesures en vue de combattre le préjudice qui émane de lui, on peut l'obliger à faire des déclarations, des communications ou des constatations destinées à faciliter cette surveillance contre les dangers possibles.

Ici encore, il reste une large zone intermédiaire, dans laquelle on peut douter si le danger est immi-

(12) Les principes sont très bien établis dans *Bingne* et *Eisenlohr*, Bad. Pol. Stf. G. B., p. 183 ; « la police, par exemple, ne doit pas purement et simplement détruire des marchandises vénéneuses ou des aliments nuisibles à la santé, lorsqu'il est possible de leur enlever, par une modification, la qualité dangereuse ». O. V. G. 3 juillet 1886 : on avait ordonné de démolir des pieux dangereux pour la sécurité ; comme on pouvait aussi y remédier par l'éclairage, etc., « les conditions matérielles » de cette disposition font défaut. Comp. les cas cités dans *Parey* et *Wiedemann*, Rechtsgrundsätze des Preuss. O. V. G., p. 89, p. 150, p. 163.

Digitized by Google

nent ou s'il ne doit être considéré que comme une éventualité éloignée ; par suite, si des mesures de surveillance suffisent ou s'il convient de prononcer la suppression pure et simple. Il y a aussi un point où commence la limite légale du pouvoir de police où la mesure plus douce est seule admissible, où la plus rigoureuse est légalement exclue (13).

3) Les mesures de défense de la police s'adaptant de la manière indiquée, au degré du trouble contre lequel elles sont dirigées, revêtent ainsi une certaine variété dans leur manifestation extérieure. Non seulement la forme originaire, l'empêchement, se développe à la manière du régime du droit dans ses ramifications plus raffinées, mais il apparaît aussi, à côté de cette forme originaire, des exigences et des obligations d'une forme tout opposée; l'individu doit faire des *prestations positives*, réparer le trouble qu'il a produit, prendre des mesures en prévision des troubles futurs, faire des déclarations, des communications.

C'est donc une manière insuffisante de s'exprimer que d'expliquer le pouvoir de police exclusivement comme un système de *défenses ;* on y trouve une foule de *commandements*. Ce qui est vrai, c'est que, même dans ces commandements de police, conformément à l'idée fondamentale de la police, il y a toujours quelque chose, un but, une fin, qui les rapproche de la

(13) O. V. G., 30 juin 1880 : la police défend à un propriétaire soupçonné de faire le métier de proxénète, de recevoir des personnes qui pourraient être disposées à se livrer à la prostitution. « Il n'est pas possible de défendre, d'une manière générale, des faits licites en eux-mêmes par le seul motif qu'ils pourraient faciliter des faits illicites ». Les mesures de *surveillance* nécessaires étaient ici à la disposition de l'autorité (Stf. Pr. O. § 104, al. 2) ; l'autorité qui, à raison de faits contraires à la police qui *pourraient* arriver, voudrait immédiatement faire davantage, viole le principe de la défense proportionnelle. — Une forme spécialement vigoureuse de la surveillance consiste dans l'inversion du rapport : défense avec réserve de permettre ; voy. § 21 ci-dessous.

défense essentiellement négative. Quelque chose que, par ces commandements, l'on impose à l'individu, elle ne doit jamais être destinée qu'à combattre le trouble qui émane ou pourrait émaner de lui. En définitive, le résultat de chacune des applications de la puissance de police ne sera jamais autre que celui-ci : *que cet homme ne trouble pas* (14).

Voilà la pierre de touche qui permettra toujours de reconnaître l'étendue de la sphère du pouvoir de police vis-à-vis de toutes les autres espèces d'exigences d'autorité adressées aux individus. Dès que l'on demande aux individus quelque chose qui dépasse cet effet même, à cause d'un trouble qu'ils auraient produit, — que cela soit par commandement ou par défense (la forme est indifférente) — il ne s'agit plus de l'accomplissement du devoir général des sujets qui forme la base de la police ; nous ne sommes plus sur le terrain du droit de la police (15).

(14) Dans ce sens il est exact de dire, comme *Rosin*, Pol. Verord., p. 152 : « Une restriction à l'établissement de *défenses*... ne peut pas être déduite de la notion de police ». Il cite le cas, O. Tr. 8 avril 1869, où l'accusé veut démontrer qu'un règlement de police ordonnant d'entrer dans le corps des sapeurs-pompiers n'est pas valable, par le motif que « la fonction de la police est, en elle-même, de nature purement négative, prohibitive et défendante ». Cet individu avait raison quant à la nature générale de la police Il avait tort d'insister sur la forme extérieure de la défense ; la « négative » peut également se présenter sous la forme d'un commandement. Il a encore tort, quand il croit que la charge de prendre part au service des pompiers ne peut plus être imposée du tout, étant donné que, d'après la notion correcte de la police, elle ne peut plus être considérée aujourd'hui comme un devoir envers la police. Nous en parlerons sous le titre des charges publiques ,§ 47 ci-dessous.

(15) O. V. G., 16 novembre 1877 : la police veut contraindre les riverains de la voie publique à y établir une clôture qu'elle juge nécessaire dans l'intérêt de la sûreté des communications. Le tribunal desapprouve. La police ne peut que « s'en prendre à celui qui a la charge d'entretenir la route », ou « à celui qui a causé le trouble, quand il s'agit de combattre un trouble de l'ordre et de la sûreté publique et d'en réparer les suites immédiates » ; elle ne peut pas « exiger d'un tiers les arrangements nouveaux qui sont devenus nécessaires par suite des nouveaux besoins des communications ». Nous avons là les trois personnes : celui qui trouble est soumis aux devoirs envers la police ; le tiers, c'est-à-dire celui dont le trouble n'émane

Digitized by Google

pas, ne peut pas être requis; enfin, celui qui est chargé de l'entretien de la route, peut être requis, mais seulement en vertu de sa charge, laquelle n'a pas le caractère de police dans le sens moderne. En vertu de règlements de police des présidents de district (Bezirks-Präsidenten) de l'Alsace-Lorraine, les chefs de ménage sont tenus de faire, à la police, dans les 24 heures, la déclaration de chaque nouveau venu qu'ils auront reçu chez eux. O. L. G. Colmar, 31 mars 1886 (Jurist. Ztschft f. E. L. XI, p. 256) reconnaît cette prescription comme fondée sur le pouvoir légal général du préfet de faire des règlements de police « pour le maintien de la sûreté publique ». Les juristes français auraient considéré un ordre de police semblable comme contestable (Comp. *Trolley*, Hiérarchie adm. I, n° 380). Aussi, d'après ce que nous venons d'exposer ci-dessus (II. n° 2, p. 29), cet ordre n'aurait pu être émis qu'en partant d'un état de suspicion général à l'égard de tous les ménages en question, comme cela existe pour les aubergistes, hôteliers et logeurs; ceci évidemment irait un peu loin. Mais le O. L. G. adopte une autre argumentation : il s'agit ici, dit-il, d'un concours que l'administration doit pouvoir exiger des particuliers, « pour se procurer cette connaissance de la circulation des personnes, dont elle croit avoir besoin pour remplir les devoirs qui, dans les directions indiquées, lui incombent. » C'est tout à fait la vieille formule du régime de la police ; comp. t. I, § 4, note 6. Aujourd'hui, le pouvoir de police ne peut plus imposer des charges pareilles.

---

§ 20

L'ordre de police

L'*ordre* est la déclaration de volonté, émise en vertu d'un rapport de subordination, en vue de déterminer, d'une manière obligatoire, la conduite du subordonné.

L'ordre est de *droit public*, quand le rapport de subordination qui lui sert de base est celui de la puissance publique vis-à-vis du sujet.

Des ordres peuvent avoir pour base un rapport de sujétion spéciale existant entre l'Etat et celui auquel l'ordre s'adresse. Ces ordres rentrent dans la notion de l'*instruction*, qui vise la réalisation de devoirs spéciaux de cette espèce (comp. t. I, § 8, II, n° 3 ci-dessus): les ordres du supérieur, les règlements de service intérieur en fournissent des exemples.

Il est d'autres ordres qui sont émis sans avoir pour fondement un rapport personnel et spécial, simplement en vertu de la plénitude de la puissance publique. Ce sont des *ordres d'autorité pure* (1).

L'*ordre de police* est un ordre d'autorité de cette dernière espèce. Il se distingue des autres ordres de ce genre, en ce qu'il est émis en vue d'assurer la réalisation du devoir général des sujets de ne pas troubler le bon ordre de la chose publique. Il tire donc de ce

(1) *Loening*, V. R., p. 241. La notion claire et nette de l'ordre est déformée, quand on comprend, sous ce nom, les choses les plus différentes (G. *Meyer*, V. R., I, p. 32). On veut voir cette notion « immanente » partout (*Seligmann*, Begriff d. Ges. p. 29 ; *Bernatzik*, Rechtskraft, p. 11).

devoir *son contenu*. Mais son *effet* repose sur la seule force obligatoire de la volonté de la puissance publique.

L'ordre de police a une double signification :

Il sert d'intermédiaire entre le fondement naturel du pouvoir de police et les exigences du régime du droit ; il donne à ce devoir naturel son expression dans la forme d'une déclaration de volonté soumise aux règles du régime du droit. Ce fondement ne fournit d'abord que des principes généraux dont il s'agit de déduire, par des raisonnements logiques, les devoirs concrets ; l'ordre de police donne justement à ces devoirs la *détermination formelle* ; il déclare par voie d'autorité en quoi ils consistent, comment ils doivent être remplis et par qui.

Mais l'ordre de police ne se borne pas à rendre ce devoir clair et incontestable ; il transforme ce devoir : à la place du devoir naturel de l'individu envers la chose publique, il met, à la charge de celui à qui il s'adresse et vis-à-vis de la puissance publique, de l'Etat, l'obligation d'obéir ; il crée, par là, pour le cas de désobéissance, la possibilité juridique d'exercer la contrainte organisée à cette fin et d'appliquer les autres sanctions juridiques.

Par ce deuxième effet — l'obligation d'obéir — l'ordre de police dépasse le devoir naturel du sujet ; il y a une atteinte portée par le pouvoir public à la liberté, et la réserve constitutionnelle de la loi trouve son application. Par conséquent, la maxime suprême est celle-ci : aucun ordre de police ne peut être émis valablement sans *fondement légal*, c'est-à-dire autrement que par la loi ou en vertu d'une autorisation de la loi (2).

(2) C'est l'opinion commune : *Rosin*, Pol.Verord., pp. 18. L'autorisation légale pourrait être remplacée par un droit coutumier : *Rosin*, *loc. cit.*, p. 20. Mais, comme nous l'avons exposé, au t.I, § 10, n° 4 ci-

Sous l'empire de ce principe, les détails de notre institution juridique se développent comme suit :

I. — L'ordre de police se présente dans deux hypothèses principales : comme règle générale et comme détermination du cas individuel, comme *règle de droit* et comme *acte administratif*.

Dans l'un et l'autre cas, l'ordre peut être émis dans la *forme de la loi* ; mais il n'arrivera pas facilement que la loi s'empare directement de l'acte individuel. De même que nous comprenons par loi administrative une loi qui contient des règles de droit pour l'administration (comp., t. I. § 10, n° 1 ci-dessus), nous comprenons par loi de police une loi qui établit une règle de droit en matière de police. Cela pourrait être autre chose qu'un ordre ; mais quand nous parlons simplement de *loi de police*, nous avons en vue une loi contenant, dans la forme d'une règle de droit, un ordre de police.

Dans l'un et l'autre cas — règle de droit et ordre individuel,—l'ordre de police se présente aussi comme

dessus, il faudrait que ce droit coutumier se fût formé avant l'ère du droit public moderne. Encore ne l'admettrions nous que pour des matières déterminées. *G. Meyer*, St. R., § 178, note 1, invoque une règle de droit coutumier qui établirait « au profit de la police » un pouvoir général de procéder, par des commandements et par des défenses, dans tous les cas où cela paraît nécessaire par des motifs tirés de la prospérité et de la sûreté publique ». Ce n'est pas là une règle de droit coutumier ; à vrai dire, c'est le système de l'absolutisme de l'ancien régime. C'est ce qu'il avoue lui-même en parlant, J dans V. R., I. p. 78, non pas d'un droit coutumier, mais de la situation juridique générale de la police, « qui lui donnerait ce pouvoir. » Dans le même sens, *Zorn*, dans Annalen 1885, p. 105. Mais cette situation juridique générale a été à raison de l'établissement de nos Constitutions ainsi que de la réserve de la loi, soumise à des conditions nouvelles qu'on ne peut ignorer. *Zorn*, dans Annalen 1885, p. 309, note 1, donne des exemples tirés de notre administration coloniale ; ici, il faut se tirer d'affaire sans fondement légal ni règle de droit coutumier. Mais, dans ce cas, la question est résolue par le fait que l'Empereur exerce la puissance publique sans être gêné par une réserve constitutionnelle de la loi. Il n'y a de restriction que quand une loi de l'Empire est intervenue pour une certaine matière (*Laband*, S. R. édit. all. I, p. 798,, édit. française, II, p. 700) : c'est, à peu près, la situation juridique que *G. Meyer* prétend être celle de la métropole.

une déclaration de volonté du pouvoir exécutif ; ici, la règle ne joue pas un rôle aussi exclusif.

L'ordonnance portant déclaration de volonté d'un organe du pouvoir exécutif pour l'exercice de la faculté à lui déléguée d'établir, au nom de l'Etat, des règles obligatoires, a, dans la sphère de la police, son champ d'activité le plus important. Ces règles sont principalement des ordres. Quand nous parlons simplement d'*ordonnance de police*, nous entendons encore un ordre de police dans la forme d'une règle de droit.

L'acte administratif contenant un ordre de police pour le cas individuel appartient — à raison de ce que nous venons de dire sur l'abstention de la loi — au pouvoir exécutif seul. Ce pourrait être une *décision* ou une *disposition* ; en fait, la disposition est prépondérante. Dès lors, quand on parle de *disposition de police* (Polizei-verfügung), on entend un acte administratif en matière de police. Ce peut être un ordre de police individuel, ou bien un acte qui refuse ou accorde une permission de police ; il sera parlé de ce dernier cas dans le paragraphe suivant.

Au point de vue des principes du *régime du droit*, il n'est pas indifférent de savoir en présence de laquelle de ces formes de l'ordre de police on se trouve. Le principe est que, autant que possible, tout doit être déterminé par une règle de droit — loi de police ou ordonnance de police (comp. t. I, § 5, III, n° 2). Le droit constitutionnel permet, sans doute, qu'une loi autorise des dispositions de police avec la plus grande latitude, en vue de déterminer librement, dans le cas individuel, le contenu du devoir de l'individu envers la police, et pour enjoindre d'y obéir. Mais une semblable renonciation de la règle de droit au profit de l'arbitraire de l'acte individuel n'est pas con-

Digitized by Google

forme au régime du droit (3). Cela a une importance pratique ; en effet, dans les domaines plus avancés, la législation s'y conforme pour les autorisations qu'elle donne ; et, dans tous les cas, la sphère réservée à la règle de droit doit être protégée vigoureusement contre l'invasion de l'ordre individuel.

1) Le fait qu'une autorité a reçu l'autorisation spéciale d'ordonner, pour le cas individuel, ce qui doit être fait au point de vue de la police, n'implique pas la délégation du pouvoir de faire des ordonnances ; car cela représente une force spéciale de la loi, comme nous l'avons dit (comp. t. I, § 7, n° 1 ci-dessus). Mais, réciproquement, lorsque l'autorité a été autorisée à faire des règlements de police, elle n'a pas, par cela même, le pouvoir de régler originairement ces mêmes choses dans la forme d'un ordre individuel. On ne peut pas ici conclure du plus au moins. L'ordonnance, en effet, n'est pas seulement un plus ; dans le sens du régime du droit et de la loi qui autorise, c'est aussi le meilleur (4).

(3) *Rosin*, Pol. Verord., p. 16, 18 : la disposition de police doit être, autant que possible, un « ordre concret », c'est-à-dire l'application au cas spécial de la règle abstraite formulée par une loi ; c'est ce qu'exige le régime du droit. Mais il nous semble que ce régime du droit est trop modeste si, comme le dit Rosin, il suffit qu'on puisse, en vertu de A. L. R. II, 17 § 10, disposer arbitrairement pour le cas concret. Il y a là une confusion : ce paragraphe suffit à la réserve constitutionnelle de la loi ; il ne donne pas satisfaction aux principes du régime du droit. Pour la réserve constitutionnelle de la loi, il aurait suffi d'une loi disant : les autorités pourront commander ce qu'elles voudront ; mais le régime du droit exige quelque chose de plus que l'observation des règles du droit constitutionnel. — La maxime que nous venons d'exposer a trouvé une bonne expression chez *Risch* dans *Dollmann*, Bayr. Ges. Gebung, III, p. 150 : il est impossible « que les autorités de police établissent, par leurs dispositions spéciales, des règles de conduite nouvelles » ; l'acte individuel ne peut que réaliser l'obligation déterminée par la règle de la loi. C'est la véritable tendance du régime du droit.

(4) En ce sens le droit bavarois, d'après Pol. Sof. G. B. de 1861 : dans tous les cas où les autorités peuvent émettre des ordres nouveaux pour combler des lacunes, la forme de l'ordonnance est de rigueur. *Edel*, Comment. du Pol. Stf. G. B. p. 152, relève très bien la différence de valeur qui existe entre la règle de droit et la disposition indivi-

2) C'est pourquoi on ne saurait faire passer subrepticement l'ordre individuel en l'émettant sous la forme d'une ordonnance ; sans compter que ces formes — surtout la notification par la publication — n'y conviennent nullement, on n'aurait toujours que l'apparence extérieure d'une ordonnance ; or, en réalité, il n'y a pas ordonnance ; par son contenu même, cet acte montre qu'il ne s'agit pas d'exercer le pouvoir de faire des ordonnances ; la déclaration de volonté ne prétend pas à une force obligatoire générale ; elle n'a donc pas ce qui faisait exiger une ordonnance de police et non un ordre individuel. Vouloir quand même parler ici de règle de droit et de prescription de droit, c'est employer un mot vide de sens ; la loi ne s'y laissera pas tromper (5).

3) L'autorité ne peut pas non plus émettre une

duelle : « il serait, au contraire, excessivement regrettable, qu'un pareil article donnât à la police l'occasion d'entraîner, — par des dispositions spéciales qu'elle émettrait, dans les mêmes conditions, pour différentes personnes dans un sens différent — une inégalité du droit ». Comp. aussi ma Theorie d. Franz. V. R., p. 66. — Le droit prussien adopte encore le système d'après lequel, « en principe, l'autorité, quand elle a le droit de faire des ordonnances, est libre d'employer, au lieu de l'ordonnance, la disposition individuelle » : O. V. G. 14 mars 1886 (Samml. XIII, p. 395). Une prescription expresse de la loi peut naturellement exclure la disposition individuelle : *Rosin*, Pol. Verord. p. 155. Il faut cependant remarquer que, même en Prusse, il existe déjà, au moins chez les tribunaux administratifs inférieurs, une tendance à n'admettre, dans ces cas, que l'ordonnance : O. V. G., 9 juin 1877, 27 juin 1877, 9 juin 1884. C'est évidemment dans cette direction que se fera le développement ultérieur.

(5) Il semble que *Rosin*, Pol. Verord., p. 102, note 15, p. 155, propose d'éluder la loi de cette manière. Il suppose le cas où la loi a établi une prescription à laquelle elle ne permettrait d'apporter des exceptions que par des ordonnances de police : « Dans ce cas, si, par exception, il était nécessaire d'émettre un commandement ou une défense en opposition avec la prescription générale pour un cas individuel, la modification de la règle juridique légale ne pourrait s'effectuer, logiquement, que par une prescription juridique nouvelle, c'est-à-dire par la voie d'une ordonnance de police ». Il n'y a pas de « voie d'ordonnance de police » dans le sens dans lequel il y a une voie de la législation (comp. t. I, § 10, note 9 ci-dessus) ; la modification pour le cas individuel est tout simplement inadmissible tant que la loi elle-même n'est pas modifiée.

ordonnance dans laquelle elle se réserverait de faire savoir ce qui sera ordonné dans le cas individuel par des dispositions de police. Ce serait commander à l'avance d'obéir à ces dernières dispositions. Il y aurait là une véritable ordonnance, suivie d'une véritable disposition de police ; étant donné le but poursuivi par la loi, quand elle a voulu autoriser une ordonnance et non pas un ordre individuel, cela serait tourner directement la loi (6).

Dans tous ces cas, la disposition de police n'est pas couverte par le pouvoir qui a été délégué de faire des ordonnances ; par conséquent, si elle n'a pas un autre fondement justificatif, elle n'est pas valable.

II. — L'ordre de police naît par détermination de la volonté et par déclaration de la volonté.

1) Pour la formation de la volonté à exprimer dans l'ordre de police, nous trouvons toutes les limites et obligations qui, dans le système du régime du droit, entourent et règlent la volonté de l'Etat. Le fondement que donne le droit de la nature — à savoir l'idée d'un devoir général du sujet — n'a d'effet, en ce qui concerne la validité juridique de l'ordre, que par le moyen de ces formes.

Ainsi, l'ordre de police émis dans la forme de la loi est juridiquement *absolu et indépendant*. Que son point de départ soit le devoir général du sujet, cela

(6) Bl. f. adm. Pr., 1876, pp. 289 ss : Des prescriptions de la police des incendies, d'après Pol. Stf. G. B. Bav., art. 2, chiff. 14, ne peuvent être faites que par ordonnance (règlement de police locale) Cela n'est pas commode pour l'autorité de police. En conséquence, à Munich, on a fait un règlement de police locale dans ce sens : « Les propriétaires des maisons auront à obéir, dans le délai fixé, à tous les ordres de police qui leur seront spécialement communiqués en vue de prévenir, dans ou sur leurs maisons, les dangers d'incendie ». La même rédaction pourrait s'appliquer à toute espèce de prescriptions de police locale ; on aboutirait alors justement à l'état de choses que le Pol. Stf. G. B. — ainsi que nous l'avons vu note 4 ci-dessus — a pris tant de soin à exclure.

Digitized by Google

n'a d'autre importance que de faire reconnaître qu'il s'agit vraiment d'un ordre de police et non pas d'une autre espèce d'ordre.

Tous les autres cas d'ordre de police trouvent leurs limites dans l'étendue de l'*autorisation* donnée. Ils ne sont admissibles que dans ces limites. Pour l'interprétation du contenu de l'autorisation, le fondement naturel du pouvoir de police fournit les moyens essentiels permettant d'arriver à bonne fin.

Pour l'ordonnance de police, il faut ajouter une autre limite : même dans la sphère de son autorisation, elle ne doit contredire aucune règle juridique d'un rang supérieur; elle ne doit contredire ni la loi, à cause de la préférence de la loi, ni l'ordonnance émanant d'un organe du pouvoir exécutif occupant une place plus élevée dans la hiérarchie des autorités (7).

Pour l'ordre de police individuel, — la disposition de police, — il faut distinguer :

En tant qu'acte administratif, la disposition de police est soumise à toutes les règles juridiques qui peuvent exister pour son objet, non seulement les règles posées par la loi, non seulement les ordonnances d'un degré supérieur, mais aussi les ordonnances mêmes émanées de l'autorité qui dispose et celles d'un degré inférieur (8).

(7) Sur cet ordre de rang : Bayr. Pol. Stf. G. B, art. 10 ; Bad. Pol. Stf. G. B., § 24 ; Württemb. Pol. Stf. G. B., art. 54 ; Pruss. Loi du 11 mars 1850, § 15. Si l'ordonnance est en contradiction avec une instruction de service émanée de l'autorité supérieure, cela n'affecte pas sa validité juridique vis-à-vis des sujets. D'après *Lœning*, V. R., p. 236, note 3, il y aurait exception dans le Württemberg. Mais c'est une erreur de la part de *Schicker*, Pol. Stf. R. u. Pol. Stf. Verf., I, p. 67, note 3 ; cela résulte encore plus clairement de ses explications dans Borchers Ztschft, XIX, pp. 279, 318. *Schicker* parle non pas d'instruction, mais d'une disposition de police individuelle de l'autorité supérieure ; cette disposition serait, d'après lui, obligatoire pour l'autorité subordonnée. Ainsi, il s'agit plutôt d'une exagération du principe de la préférence de l'acte extérieur que l'autorité supérieure aurait accompli. Ceci encore est faux ; comp. la note suivante.

(8) Comp. § 7, notes 10 et 11 ci-dessus. *Rosin*, Pol. Verord., pp. 101,

Digitized by Google

Elle est aussi liée par les actes administratifs qui auraient été déjà émis pour son objet, à moins qu'elle tende elle-même à modifier ou à annuler ces actes en vertu de la compétence qui lui est donnée (comp. t. I, § 8, II, n° 2 ci-dessus). Dans tous ces rapports, le droit de la nature servira à l'interprétation de ce qu'a pu vouloir faire l'acte qui lie la disposition, mais il ne guide pas directement la disposition de police; il suffit à celle-ci de se tenir à l'acte qu'elle applique, adapte, exécute.

Mais la disposition de police peut aussi être appelée à déterminer, selon sa propre appréciation, ce que le sujet doit faire, et à lui donner l'ordre qui en est la conséquence. Cela peut avoir lieu pour compléter une règle juridique déterminant le cas d'une manière incomplète. Mais cela apparaît encore plus distinctement, lorsque la loi — faisant ce qu'elle ne devrait pas faire dans le régime du droit — abandonne à l'autorité l'émission discrétionnaire d'ordres de police pour une certaine sphère.

L'autorité ne peut pas alors faire ce qu'elle veut; son devoir de fonctionnaire l'oblige à choisir ce qui répond le mieux à l'intérêt de l'Etat et de la chose publique; avant tout, elle est liée par ce qui résulte, pour le contenu, l'étendue et la direction de son ordre, du droit de la nature formant la base du pouvoir de

102. O. V. G., 29 octobre 1883 : L'autorité de police fait défense à une fabrique de laine artificielle d'emmagasiner dans ses greniers plus de 20 quintaux de déchets. Puis, elle émet une ordonnance de police qui défend d'emmagasiner seulement une quantité supérieure à 50 quintaux. Le tribunal déclare cette dernière prescription applicable également à la fabrique susmentionnée : « car le juge administratif ne peut pas maintenir un ordre de police qui viole le droit qu'il aura à appliquer, c'est-à-dire le droit existant à l'époque où il statue ». L'instance supérieure est liée par ces règles de droit aussi bien que l'instance inférieure : O. V. G., 30 novembre 1882 (Samml., IX, p. 340) : « il n'existe pas, pour l'autorité supérieure, en ce qui concerne les ordonnances relatives à la police des constructions, un droit de dispense général et sous-entendu ».

Digitized by Google

police. L'ordre ne doit réaliser que ce qui, d'après cela, *est* déjà le devoir du sujet. Ainsi l'ordre de police, même dans sa disposition, présente encore une certaine affinité avec la décision (Cpr. t. I, § 8, II n. 3 ci-dessus). Toutefois, il faut se rendre compte de la différence. La décision est une notion appartenant tout à fait au formalisme du régime du droit : un rapport est, par règle juridique ou par acte administratif, déjà déterminé juridiquement; il s'agit maintenant simplement de prononcer et de constater comment la détermination a eu lieu. La décision inexacte est donc toujours contraire au droit. Le devoir du sujet, d'après le droit de la nature, ne donne pas la détermination formelle du rapport; les actes du pouvoir public ont pour objet de lui donner justement cette détermination. Dès lors, on reste nécessairement ici plus ou moins dans la sphère de la libre appréciation : il y a possibilité d'opinions divergentes; tant qu'il reste dans ces possibilités, l'ordre de police conserve son fondement juridique. On ne peut pas le déclarer contraire au droit par le seul motif qu'on estime qu'on aurait dû exiger autre chose ou rien du tout ou pas autant. C'est l'opposé de ce qu'il faut dire pour une véritable décision. Il y a, cependant, un point où cette latitude cesse, et où l'on pourra dire : cela dépasse le devoir qui incombe au sujet. Alors, cela ne doit pas être. Mais une semblable disposition de police est contraire au droit et nulle, parce que, d'après l'interprétation de l'autorisation générale de la loi, telle qu'elle doit être faite selon le devoir du droit de la nature, elle n'est comprise ni prévue dans celle-ci (9).

(9) Le droit prussien a donné, dans ses actions en nullité pour défaut des conditions matérielles, un moyen excellent de provoquer un contrôle de cette limite juridique ; comp. t. I, § 14, notes 27 et 28 ci-dessus.

L'ordre individuel discrétionnaire a donc les mêmes limites juridiques que l'ordonnance de police.

2) L'ordre de police n'est parfait que quand la détermination de volonté définitive est déclarée, par la notification, à celui à qui l'ordre s'adresse.

Cette notification se fera de différentes manières, selon que l'ordre de police à notifier est une règle de droit ou un acte administratif.

La règle de droit adresse son ordre à tous ceux que la chose concerne, au public ou, du moins, à ceux qui, n'étant pas désignés individuellement, présentent cependant les conditions visées. La forme de la notification est, par conséquent, celle de la déclaration de volonté vis-à-vis de tout le monde, la *publication*.

Pour cela, il n'est pas nécessaire — cela va sans dire — que la déclaration de volonté soit mise sous les yeux de chaque individu ; ni même qu'elle soit placée si près de chaque individu qu'il puisse ou doive la voir. La publication ne tend jamais qu'à faire de la connaissance de la déclaration une espèce de bien commun social ; quant à la manière dont chaque individu en reçoit sa part effective, cela est indifférent pour la force juridique de la déclaration.

La forme *naturelle* de la publication repose donc toujours sur certaines institutions sociales propres à porter la chose à la connaissance du public, la publicité. La forme se détermine par l'état social, par les mœurs ; quand on a procédé conformément à l'état social, la notification est valable et efficace, qu'elle soit ou non parvenue à chaque individu. Ainsi, nous rencontrons comme formes de publications suffisantes : la lecture dans les églises, la communication à des assemblées spécialement convoquées, l'affichage dans des lieux publics, la publication dans les rues au son du tambour, la communication par la presse, etc. Dans le droit actuel, on a partout substitué à ces ma-

nières naturelles de publication, pour les lois d'abord et ensuite pour les ordonnances, des modes *formels* de publication. On désigne des feuilles officielles, des bulletins des lois, etc. La règle de droit qui a paru imprimée dans ces feuilles est considérée comme dûment publiée, que la feuille soit, par le nombre de ses lecteurs et par les habitudes du peuple, susceptible ou non de porter l'ordre à la connaissance du public. C'est à cause de la prescription qui déclare cette publication valable que les sujets sont forcés de s'intéresser à la feuille.

Cette prescription d'un mode formel de publication peut émaner de la loi elle-même ; elle peut aussi être déléguée aux autorités. Elle constitue, en elle-même, une règle de droit spéciale avec force obligatoire. L'autorisation de l'émettre n'est pas sous entendue dans le pouvoir de faire des ordonnances.

En effet, c'est bien un pouvoir qui est exercé ainsi sur les sujets, en vue de préparer l'exercice futur d'un pouvoir, mais ce n'est pas encore le pouvoir de police. Dès lors, quand la loi ne prescrit rien à cet égard, les règlements de police doivent être notifiés dans les formes naturelles de publication « de la manière usitée. » (10).

L'ordre de police individuel doit être notifié au sujet auquel il s'adresse. Cela se fait par une déclaration personnelle, l'*intimation* de l'ordre.

L'intérêt de cet individu exige la communication par écrit, afin qu'il ait le contenu de l'acte; l'intérêt de l'autorité n'est autre que d'avoir une preuve suffisante de la communication faite. Il est, sans doute, conforme à l'esprit du régime du droit, qu'il y ait

(10) *Rosin*, Pol. Verord., pp. 254 ss.; *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, pp. 602 ss. ; Bav. Pol. Stf. G. B., art. 11 ; Württemb. Pol. Stf. G. B., art. 55 et Min. Verf. du 9 janvier 1872 ; Bad. Pol. Stf. G. B., art. 27, et Min. Verord, 15 septembre 1864.

communication par écrit; il faut que le sujet puisse examiner ce à quoi il est tenu, afin de recourir, au besoin, aux moyens de droit; le modèle de la justice qui fait des communications toujours par écrit, doit être suivi sur ce point comme partout. Ce n'est que dans les cas de nécessité, au cas du péril urgent, que l'ordre verbal est admissible (11).

A défaut de prescriptions spéciales, la notification individuelle pourra être faite valablement dans les mêmes formes que les déclarations expresses dans les actes juridiques du droit civil ; la forme de la déclaration tacite ne convient pas à un acte d'autorité (12). En particulier, la signification dans les formes de la C. Pr. O. sera suffisante, quand elle contient, en même temps, les éléments d'une communication qui serait aussi de droit naturel. Des règles particulières, telles que le dépôt au greffe du tribunal ou au bureau de poste (C. Pr. O. S. 182), ne sont pas applicables par elles-mêmes ; à plus forte raison, en est-il ainsi de la signification exceptionnelle par notification publique (C. Pr. O. S. 203, 204) (13).

(11) La forme préférée de la « communication en procès-verbal » (Eröffnung zu Protocoll) ne répond pas à ces exigences ; elle caractérise plutôt le bureaucratisme du régime de la police.

(12) Ne sont pas des formes spéciales de notification d'un ordre de police : le fameux tableau d'avis et ses analogues, le fossé, le poteau, qui interdisent la rue, l'image du sabot d'enrayage (Bayr. oberpolizeil. Vorschrift du 4 janvier 1872, § 4 et § 7). L'ordre ou l'interdiction, qui sont derrière ces signes, ont été notifiés de leur côté de la manière prescrite ; ces signes ne font que les rappeler et avertir ; ou bien ils constituent une condition pour rendre applicables ces mesures, en faisant connaître les localités qu'elles concernent. Il ne s'agit donc pas d'une notification « symbolique » de l'ordre, ni d'une notification à des personnes incertaines (*Laband*, Staatsrecht, édit. all., I, p. 695 ; édit. française, II, p. 543 ; *v. Sarwey*, Allg. V. R., p. 29) ; ce n'est pas une notification, surtout au sens de celle dont nous parlons.

(13) *Laband*, Staatsrecht, édit all., I, p. 696 ; édit. française, II, p. 544, paraît trop facilement généraliser ces règles particulières du Code de procédure. On pourrait, tout au plus, songer à la publication de dispositions de police dans le cas où elles s'adressent identiquement à un groupe de personnes. Nous en trouverions un exemple dans les prescriptions qui, d'après Stf. G. B., § 361, chiff. 6, peuvent être

Quand la loi a prescrit une forme, l'observation de cette forme est une condition de la validité (14).

III. — L'*effet* de l'ordre de police dûment notifié consiste dans une obligation d'obéir conformément au contenu de l'ordre, c'est-à-dire dans une obligation exécutoire de se conduire de la manière exigée par l'ordre.

1) Cet effet ne doit se produire qu'à la condition que l'ordre soit *juridiquement valable*. Mais la question de savoir si cette condition est remplie et si l'ordre doit produire son effet juridique, se résout tout autrement que dans les déclarations de volonté du droit civil.

Tout dépend de la question de savoir si celui qui émet l'ordre est ou non investi du pouvoir de donner des ordres de police de cette espèce, et si l'ordre, d'après sa forme et son contenu, peut être considéré comme l'exercice de ce pouvoir. En d'autres termes, selon la formule usitée, l'ordre doit encore être compris dans la *compétence générale* de celui qui le donne.

Si cette condition fait défaut, l'ordre de police n'a pas plus d'effet que l'acte juridique du droit civil par lequel on dispose de droits qu'on n'a pas; il ne peut produire que des effets apparents et des responsabi-

faites aux filles soumises : ce ne sont pas des règles de droit, ce ne sont pas des ordonnances, ce sont des actes administratifs ; mais comme il n'y a pas ici de rapport de sujétion spécial, on ne peut pas procéder par des dispositions administratives générales ; on a donc jugé que la notification individuelle est indispensable : O. V. G., 10 novembre 1877 ; O. Tr., 21 février 1877. La loi contre les socialistes du 21 octobre 1878, § 28, avait admis que l'ordre d'expulsion pouvait valablement être notifié aux expulsés par la publication (R. G., 19 octobre 1880 ; Samml. Stf. S., II, p. 348) : mais c'était là une mesure bien exorbitante.

(14) R. G., 8 octobre 1885, prétend que c'est seulement pour la loi de l'Empire que la présomption est que les formes prescrites par elle ne doivent pas avoir une valeur purement instructionnelle (reglementarische Ordnungsvorschrift) ; il faut dire cela de toutes les lois sans exception ; comp. t. I, § 7, III, n. 2 ci-dessus.

Digitized by Google

lités qui ne sont pas voulues. Si, au contraire, cette condition est remplie, l'ordre de police — à la différence de l'acte juridique du droit civil — est présumé valable. Il est à considérer comme valable et produit son effet juridique aussi longtemps que cette présomption n'est pas détruite dans la forme légale. C'est ainsi, du moins, que la chose se présente extérieurement. En réalité, il ne s'agit pas d'une présomption proprement dite. Pour être exact, il faut dire : l'ordre est, en lui-même, juridiquement obligatoire ; il doit être maintenu et exécuté d'autorité, tant qu'il n'en est pas décidé autrement en vertu d'*une compétence légale de contrôler sa validité* (15).

L'ordre de police ne fait qu'appliquer un principe de droit public qui s'applique dans une étendue beaucoup plus large (comp. t. I, § 8, note 7 ci-dessus) : tout acte de la puissance publique, dès qu'il se propose de produire un effet juridique extérieur, renferme, en même temps, la *constatation et l'attestation de sa validité*. La déclaration de volonté du droit civil n'a pas ce pouvoir. La volonté de l'autorité dans le régime de la police n'en a pas besoin. Mais dès que la déclaration de la volonté de l'Etat est, pour sa validité, soumise à des conditions, elle n'apparaît qu'avec la constatation que ces conditions sont remplies ; la notification de la déclaration de volonté contient elle-même cette attestation. Plus simplement,

(15) *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p 695, note 1 ; édit. franç., II, p. 542, note 1. En ce qui concerne les ordonnances, *Laband* veut distinguer entre les conditions formelles qui échappent à tout contrôle, et les conditions matérielles — y compris spécialement la question du fondement légal suffisant — qui devraient toujours être contrôlées (Staatsrecht, I, p. 609 ; édit. fr., II, p. 408). *Jellinek*, Ges. u. Verord, p. 394, note 43, s'y oppose avec raison. Pour l'ordonnance aussi, il ne peut s'agir d'abord que de la question de savoir « si l'autorité, en général, a le pouvoir de faire de pareilles ordonnances ». Dans l'affirmative, tout dépend de la question de savoir s'il y a des compétences organisées pour procéder à un contrôle plus exact de la validité. A cet égard, il n'y a rien de « nécessaire ».

Digitized by Google

l'autorité n'exprimerait pas la volonté, si elle ne la considérait pas comme conforme au droit; donc, par la notification, elle affirme sa validité ; cette affirmation n'est pas une opinion privée; elle est elle-même un acte d'autorité et, comme telle, obligatoire et décisive (16).

La compétence de contrôler peut comprendre l'acte entier; elle amène alors, s'il y a lieu, son annulation (comp. t. I, § 12, n. ci-dessus). Elle peut aussi ne concerner qu'un certain effet, sur lequel l'autorité de contrôle doit décider; cet effet, dans le cas où l'acte est considéré comme nul, lui sera refusé. Comme exemple principal, nous avons le refus de l'effet pénal par le tribunal de simple police (comp. t. I, § 16, III ci-dessus et § 22, III ci-dessous).

En attendant qu'un droit de contrôle de cette espèce ait exercé son influence, l'attestation de la validité subsiste pour l'ordre de police ; elle produit son effet juridique même pour l'ordre de police nul.

2) La force de l'obligation d'obéir produite par l'ordre de police se manifeste dans les conséquences juridiques qu'entraîne la désobéissance. Ces consé-

(16) Cette institution de l'attestation de la validité de l'acte d'autorité a été surtout exposée à l'occasion de la doctrine de la loi. Celui qui, d'après la Constitution, doit publier la loi, est, en même temps, appelé à attester l'existence des conditions de sa validité ; il le fait tacitement par la publication à laquelle il procède. C'est là l'importance juridique de la promulgation, expédition ou quelqu'autre nom que l'on veuille lui donner ; *Laband*, Staatsrecht, édit. allem., I, pp. 522 ss. (édit. fr., II, pp. 277 ss.) ; édit. all., I, pp. 549 ss. (édit. fr., II, pp. 321 ss.). Mais le même pouvoir et la même intention existent dans la notification de l'ordonnance ; c'est par une restriction arbitraire que *Laband*, *loc. cit.*, éd. all., p. 609 (éd. fr., p. 408) veut qu'il ne s'agisse que « d'attester la régularité de la procédure formelle ». Celui qui émet l'ordonnance dit simplement : ceci est une ordonnance valable, sans distinguer. Les particularités qu'il relève dans la disposition (éd. all., *loc. cit.*, I, p. 695, note 1 ; éd. fr., II, p. 542, note 1) dépendent de la même institution ; c'est là un point qui paraît lui avoir complètement échappé.

quences sont : d'un côté, la contrainte de police, à l'effet de vaincre la désobéissance et de rétablir l'état de choses conforme à l'ordre; d'un autre côté, les peines de police infligeant au récalcitrant un mal parce qu'il a négligé d'obéir.

L'obligation de suivre une certaine conduite, dont la violation n'entraîne pas ces conséquences juridiques, et qui ne produit donc pas une obligation d'obéir effective, n'est pas un ordre ; ce n'en est que l'apparence (17).

Il y a deux sortes de *faux ordres* qu'il faut écarter.

Tout d'abord, nous trouvons la sommation adressée par l'autorité à un individu de faire quelque chose, mais qui ne doit entraîner aucune contrainte, aucun désavantage pour le cas d'inobservation, la simple *invitation*. On s'attend à ce que celui à qui l'invitation est adressée, de bonne grâce, par vertu civique, voudra bien rendre service à l'autorité. De fait, dans beaucoup de cas, cela peut suffire ; la loi pouvait donc, pour des questions de minime importance, laisser à l'autorité le soin de s'entendre avec les individus, au lieu de l'autoriser à imposer des obligations exécutoires. Ou bien l'autorité commence, d'elle-même, par faire un essai dans cette voie amiable, avant de regarder si elle possède et si elle doit employer des moyens plus énergiques pour atteindre le but (19).

(17) *Seydel*, Bayr. Staatsrecht, III, p. 613 : « Il n'y a d'ordre véritable que celui derrière lequel est la contrainte ». La contrainte, dans ce sens plus général, n'est pas nécessairement une peine de police. Il est donc inexact de considérer comme synonymes la loi de police et la loi pénale de police, l'ordonnance de police et l'ordonnance pénale de police, et de considérer spécialement le caractère comminatoire comme essentiel à la notion de l'ordonnance de police : *G. Meyer*, Staatsrecht, § 160 ; *Rosin*, Pol. Verord., p. 55 ; le même dans Wörterbuch, II, p. 279. Voy. *Risch* dans Dollmann, Bayr. Ges. Gebung, III, III, p. 147.

(18) *Risch*, dans Dollmann, Bayr. Ges. Gebung, III, III, p. 162.

(19) Comme exemples principaux, il faut citer les recherches faites

Digitized by Google

D'autre part, il peut arriver qu'une *sommation officielle* de faire ou de ne pas faire est lancée, alors qu'il existe déjà une obligation d'obéir que l'on est en train de violer.

Dans ce cas, il y a non pas un ordre, mais un avertissement. Celui-ci a pour effet d'appeler l'attention de l'individu sur la situation défavorable dans laquelle il se trouve et sur ses conséquences. Il s'attache de la même manière à tout état contraire à la police, qui entraîne des conséquences juridiques fâcheuses, peine de police ou contrainte directe. Selon les circonstances, cet avertissement acquiert une importance juridique, la loi n'admettant la réalisation des conséquences désavantageuses — savoir la contrainte ou la condamnation — qu'à la condition qu'il y ait eu un avertissement sans résultat. Cet avertissement n'a pas besoin d'un fondement légal ; il n'a, en lui, rien d'un acte juridique ; c'est un simple fait ; ce n'est pas un acte administratif; il n'a pas besoin d'émaner d'une autorité ayant le pouvoir d'ordonner ; il n'y

par la police, les demandes de renseignements, ou même l'invitation à comparaître en personne dans les bureaux pour donner des renseignements. De ces rapports, R. G., 30 septembre 1880, a, dans un cas concernant l'Alsace-Lorraine, fait une application assez singulière. Un avocat avait, à l'occasion d'une cause qu'il avait plaidée, écrit dans le journal : qu'on n'aille plus dans les bureaux de la police, sur les réquisitions qu'elle adresse à l'effet de fournir des renseignements : on n'y serait pas obligé. Le Tribunal de l'Empire y voit une excitation à la désobéissance, punissable selon Stf G. B., § 110. Les autorités de police, dit-il, ont le pouvoir d'entendre, sur des affaires intéressant la police, des personnes susceptibles de donner des renseignements ; il faut donc qu'elles puissent les convoquer dans leurs bureaux : celles-ci sont donc obligées de comparaître. C'est tout simplement l'argumentation du régime de la police, qui n'existe plus depuis longtemps en Alsace-Lorraine. Le Tribunal de l'Empire ne se dissimule pas que cette obligation n'est nullement exécutoire, que spécialement le « pouvoir d'amener » (zu sistiren) ne doit pas être admis; une condamnation pour non-comparution est également impossible. Mais cela ne l'empêche pas de déclarer comme constant qu'il y a, au moins, « une obligation de droit public ». Nous craignons fort que, dans l'esprit du Tribunal de l'Empire, l'obligation de droit public des sujets soit une obligation plutôt morale et qui forme tout le contraire d'une véritable et solide obligation juridique.

Digitized by Google

a pas besoin d'autorité du tout : les agents subordonnés, agents d'exécution ou auxiliaires, sont surtout compétents pour donner ces avertissements. Il n'y a pas à appliquer les formes de la notification de l'ordre de police. Des signes quelconques lui servent d'expression, sans formes (20).

3) L'ordre de police ne crée de rapport juridique qu'entre l'Etat et le sujet auquel s'adresse l'obligation d'obéir. Cela a son effet indirect sur les rapports entre ce dernier et les autres sujets, en ce que les autres en profitent ou que des obligations civiles existantes vis-à-vis d'eux ne peuvent pas être remplies. Mais cela reste, à cet égard, un pur fait, à moins que la loi n'y attache des effets juridiques pour ce rapport aussi (Comp. t. I, § 11, IV, n° 4 ci-dessus), et ces effets se placent en dehors de l'ordre d'idées dont nous traitons ici.

IV. — L'ordre de police émis peut *prendre fin*, c'est-à-dire cesser de produire son effet, de différentes manières. Il faut faire des distinctions :

1) L'ordre peut être *retiré* ou *annulé*. Les ordres de

(20) Pour des exemples, voyez note 12 ci-dessus. La notion de l'ordre, en tant qu'acte d'autorité produisant un rapport de droit public, n'a acquis tout son caractère que dans le système du régime du droit. Dans l'ancien régime, il n'y avait aucun intérêt à distinguer d'une manière plus exacte : l'ordre, c'est toute sommation faite par un homme au service du roi, et dont l'inobservation a pour conséquence des mesures de force. Les gendarmes, agents de police, sentinelles, gardes forestiers, employés de la douane et des contributions indirectes, tous ces individus émettent des « ordres » dans ce sens. Aujourd'hui, ce sont de simples menaces, admonitions, etc.; c'est l'autorité seule qui peut donner des ordres. Mais l'ancienne manière de voir perce toujours encore de temps en temps. Nous voyons dans C. C. H., 12 février 1870 (J. M. Bl., p. 102) la sommation faite par l'agent de police de cesser une conduite contraire aux règlements, traitée de « commandement » et de « disposition de police ». Il nous semble aussi que l'exemple d'un « ordre verbal », cité par *Laband*, Staatsrecht, éd. all., I, p. 695 (éd. franç., II, p. 542), donné par un agent de police à un propriétaire de maison pour qu'il fasse nettoyer son trottoir, n'est pas un ordre. C'est un avertissement, une menace de dresser procès-verbal. Que l'ancien sous-officier parle sur le ton du commandement, cela n'a pas d'importance juridique.

Digitized by Google

tout genre peuvent être retirés dans la forme dans laquelle ils ont été émis. L'annulation par la volonté d'Etat supérieure ne s'applique qu'aux ordonnances de police et aux dispositions de police ; elle ne s'applique pas aux lois de police. Elle peut se faire *implicitement* par une disposition émanant du degré supérieur et avec laquelle cet ordre est incompatible : la loi annule les ordonnances qui lui sont contraires ; l'ordonnance supérieure annule l'inférieure en tant que celle-ci lui est contraire ; de même, la disposition de police supérieure annule l'inférieure. Mais l'annulation peut aussi se faire *directement*. Il y a, pour cela, tant en ce qui concerne l'ordonnance qu'en ce qui concerne la disposition de police, des compétences organisées qui ne coïncident pas nécessairement avec les compétences pour l'émission des ordres de police propres et supérieurs, ordonnances ou dispositions ; des autorités surveillantes, des tribunaux administratifs sont constitués avec le pouvoir d'annuler, sans avoir eux-mêmes le pouvoir d'ordonner.

Il faut alors distinguer si l'annulation n'est faite que parce que l'autorité qui annule voulait autrement — dès lors, plutôt à la manière d'une annulation implicite, — ou si elle a lieu parce que l'ordonnance ou la disposition est considérée comme nulle. Dans l'un et l'autre cas, l'ordre n'existe plus pour l'avenir. Mais, dans le dernier cas, son effet juridique est également nié pour le passé Dans le premier cas aussi, en même temps que l'ordre, les effets et conséquences qu'il avait déjà produits, peuvent être redressés, selon la volonté de celui qui annule. Dans le second cas, ils sont redressés de plein droit ; de plus, il peut être question de dommages-intérêts et de responsabilités pour ce qui s'est passé (21).

(21) *Rosin*, Pol. Verord., pp. 300 ss., estime que, dans le cas où l'or-

2) La *disparition de l'objet* est une manière de prendre fin, qui est propre à la disposition de police. La loi de police et l'ordonnance de police déterminent leur objet au moyen d'une notion générale qui ne disparaît pas ; ce sont seulement les cas d'application qui varient. La disposition de police, au contraire, a son cas spécial auquel elle s'attache ; ce cas terminé, elle prend fin.

Selon les circonstances, le cas se terminera immédiatement par l'obéissance, lorsqu'il ne s'agit que du commandement d'une action unique. En règle générale, les commandements comme les défenses, tendent à constituer et à maintenir un état durable ; ils conservent leur effet aussi longtemps que cet état peut encore être troublé. Mais toutes les dispositions rattachent leurs ordres à un certain côté des rapports de l'existence d'une certaine personne. L'objet est-il une chose appartenant comme une *qualité personnelle* à celui auquel l'ordre est donné, alors l'ordre individuel finit, au plus tard, avec la mort de la personne. Mais l'objet peut également être *un rapport pouvant se détacher de cette existence*, une possession, une entreprise, une industrie ; dans ce cas, l'ordre de police finit quand ce rapport est détaché de cette personne.

De quelque manière que la séparation se fasse — la possession peut être simplement détruite, l'industrie abandonnée — l'ordre qui s'y était attaché disparaît. Si, plus tard, la même personne reconstruit la maison, recommence l'industrie, l'ancien ordre n'atteindra pas la nouvelle entreprise. Il faut émettre, s'il y a lieu, un ordre nouveau ayant le même contenu.

donnance n'est pas valable, on ne peut pas dire qu'elle soit « mise hors de vigueur » (ausser Kraft gesetz) ; car ce qui juridiquement n'est pas entré en vigueur « ne peut pas être mis hors de vigueur ». Mais le fait est que l'ordonnance nulle entre cependant en vigueur. Ce n'est pas une pure « apparence », comme *Rosin* le dit ; c'est une réalité très sérieuse.

Digitized by Google

Le rapport séparable peut aussi être transmis à d'autres individus ; l'ordre s'éteint également et ne se transfère pas au successeur. L'acheteur de la maison, le successeur dans le commerce ne succèdent pas aux obligations d'obéir imposées à leur auteur à raison de cette possession ; ces obligations sont de nature purement personnelle. Même si les nouveaux chefs du commerce ou propriétaires de la maison sont des héritiers de ceux qui avaient reçu l'ordre, il n'en sera pas autrement (22). A vrai dire, l'ordre de police contenu dans une règle de droit ne passe pas non plus de celui qui avait été originairement obligé à ses héritiers et ayants cause : il naît, chaque fois, à nouveau, chez celui qui présente les conditions voulues.

(22) O. V. G., 19 mai 1877 (Samml., II, p. 358) semble admettre une transmission de l'obligation d'obéir au successeur de l'entreprise que l'ordre visait, au cas de mauvaise foi au jour de l'acquisition. C'est une manière de voir qui sent fort le droit civil. Il y aura une exception au cas de permission de police ; comp. la note 24 du paragraphe suivant.

Digitized by Google

§ 21

La permission de police

La règle de droit ne peut pas être violée par la disposition de police; celle-ci ne peut pas permettre ce que cette règle défend, ni défendre ce qu'elle permet.

Mais la loi et l'ordonnance peuvent, en établissant l'ordre de police, permettre à la disposition de police d'y apporter, pour le cas individuel, une exception. C'est ce que nous appelons la *défense de police avec réserve de permission* (1).

Il ne faut pas oublier qu'une défense de police de cette nature tire, de sa connexité avec la permission prévue, un caractère juridique spécial.

(1) Au lieu du mot « permission » (*Erlaubniss*), on se sert souvent, dans le même sens, des expressions « autorisation » (*Ermächtgung*), consentement (*Genehmigung*, *Zustimmung*, *Konsens*); surtout on parle, en matière de police des constructions, d'un *Baukonsens*. Le mot « approbation » signifie la constatation d'autorité que quelqu'un présente les qualités personnelles requises pour exercer certaines professions. Quand cette activité, en l'absence de ces qualités, est frappée d'une défense de police, l' « approbation » peut désigner, en même temps, la permission de police. Mais l'approbation peut n'accorder que le pouvoir de prendre, dans l'exercice d'une profession, un certain titre ou la faculté d'être chargé de missions officielles (médecin). Cela sort alors de la sphère de notre institution juridique. Comp. *G. Meyer*, V. R., I, p 394. Dans certains cas, la permission de police revêt des noms spéciaux : on parle de *Hengst-Körung*, *Sierkörung*, ce qui désigne une permission de police pour le propriétaire d'un étalon ou d'un taureau (*G. Meyer*, V. R., I. p. 336, 337). Une permission de police qui volontairement ne prend pas ce nom, se rencontre dans la police des mœurs (Wörterbuch, II, p. 456). Ces diverses sortes d'expressions sont, pour la plupart, innocentes. Il faut, au contraire, regretter vivement que l'on ait emprunté à une époque où l'on n'avait pas encore de motifs pour distin-

Digitized by Google

La défense de police avec réserve de permission vise des manifestations de la vie individuelle qui ne sont pas considérées absolument comme troublant le bon ordre de la chose publique, mais qui peuvent présenter un trouble selon la personne dont elles émanent, selon la manière dont l'entreprise est installée, aménagée et dirigée. Il y a donc, au début même de cette activité, un examen : cette atteinte ne doit pas commencer à se manifester avant que cet examen ait été bien fait, avant qu'il ait abouti à une réponse favorable et que cela ait été constaté par un acte d'autorité. Cette constatation est contenue dans la permission qui écarte la défense. Il s'agit, en tout ceci, d'appliquer la forme de la défense à une de ces mesures de surveillance contre les troubles possibles (comp. *supra*, § 19, II, n. 2). La défense frappe aussi des choses qui, en elles-mêmes, n'ont réellement rien de contraire à la police ; la situation créée malgré la défense n'est soumise à ses effets qu'à raison de son origine juridiquement défectueuse (2).

guer exactement les institutions juridiques, le mot « *Konzession* » comme synonyme de permission de police et qu'on s'en serve presque généralement en ce sens. La concession (*Verleikung*) en effet, est une institution juridique déterminée et bien délimitée, ayant une tout autre nature que la permission de police ; *Rehm*, Rechtliche Natur der Gewerbekonzession, p. 80.

(2) Cela aura de l'importance pour la prescription de la contravention de police qui pourra être commise, et pour la révocation de la permission (comp. III, ci-dessous). Enfin, il en est de même en cas de changement de législation, soumettant des entreprises libres jusqu'alors à la réserve de la permission : dans cette hypothèse, les entreprises déjà existantes, et qui, par suite, avaient été mises en œuvre correctement, ne sont pas frappées par la défense. La question a été discutée à l'occasion des nouvelles permissions imposées par la Gewerbe-Ordnung. Les individus autorisés à l'exercice d'une industrie, au sens de la Gew. O., § 1, al. 2, sont uniquement les personnes qui, à un moment donné, exerçaient légitimement une industrie, et non pas, comme le prétend *Rehm*, Rechtl.-Natur, p. 51, note 2, celles qui, à ce moment, auraient eu la possibilité juridique de concurrencer cette industrie, par suite, pour les industries libres, tous les Allemands vivants à cette époque. En ce sens : *Seydel*, Gew. Pol. R., p. 25 ; *Landmann*, Gew. O., p. 21 ; O. V. G., 1er mai 1882 ; V. G. H., 9 mai 1882.

Digitized

L'institution se développe comme suit.

I. — La défense avec réserve de permission est une règle de droit ayant deux parties distinctes. L'une, la défense, dit toujours la même chose : telle entreprise ne doit pas être exercée. La réserve de permission, au contraire, peut revêtir des formules très différentes selon la latitude plus ou moins grande accordée à la volonté de l'autorité : cela varie depuis l'appréciation complètement libre jusqu'à la simple application au cas individuel de la règle qui détermine la permission (3). La permission nécessaire elle-même ne se confond pas avec une simple reconnaissance de la liberté : avant l'exercice de la liberté, une formalité doit être remplie ; il faut avoir obtenu la permission, afin qu'il soit constaté que vraiment l'on est dans le cas de la liberté.

1) La défense avec réserve de permission prend naissance dans la loi ou dans l'ordonnance. Pour l'ordonnance seule peut se poser la question de savoir si, juridiquement, on peut se servir de cette forme. Les limites de cette faculté sont peut-être tracées expressément par la loi qui la prévoit ; en tout cas, elles doivent être considérées comme y étant comprises tacitement : le fondement que le pouvoir de police trouve dans le droit de la nature, nous donne aussi, quant à cette mesure d'un caractère spécial, les règles permettant d'interpréter la volonté de la loi d'autorisation.

Il s'agit, dans cette espèce de défense, d'une mesure de surveillance. Il ne s'agit donc pas d'un fait contraire à la police ; cela suppose la possibilité d'un fait pareil, le danger d'un trouble pouvant exister

(3) Une collection des différentes manières de déterminer la permission qui *doit* être accordée, *peut* être accordée, ne *doit pas* être accordée, etc., se trouve dans la Gew. Ord., § 55 ss., relativement au colportage.

dans une entreprise semblable. Quant à savoir ce qui, à cet égard, est suspect, il est impossible de le dire exactement. De quel genre de manifestations de la vie, des troubles ne peuvent-ils pas prendre naissance ! Il n'y a qu'une différence de degré. Mais, d'un autre côté, la défense avec réserve de permisssion est l'atteinte à la liberté la plus forte qui puisse être portée dans le seul intérêt de la surveillance ; et plus la faculté d'écarter la défense, plus la permission est laissée à la libre appréciation, et plus cette atteinte est grave. Dans ces divers cas, la condition de la *proportionnalité*, inhérente à toutes les manifestations du pouvoir de police, doit produire son effet. Un certain degré de danger, proportionné à la gravité de la mesure, est supposé tacitement par la loi d'autorisation. C'est à l'autorité qui fait l'ordonnance à le peser ; mais excéder manifestement cette mesure naturelle, c'est aussi excéder les limites de l'autorisation ; dès lors, une ordonnance semblable devrait être considérée comme juridiquement inopérante (4).

2) L'*effet* de la défense avec réserve de permission est double, conformément à ses deux parties.

La défense étant générale crée un *obstacle* uniforme pour l'entreprise désignée ; elle implique l'obligation, pour tous ceux que cela concerne, de ne pas mettre directement en œuvre une pareille entreprise. La possibilité et même la nécessité juridique de la permission qui est en même temps prévue, ne diminue

(4) C'est ce qui a été jugé par O. V. G., 14 juin 1882 (Samml., IX, p. 370) : la construction de bâtiments peut être soumise à une permission de police préalable, en vue de garantir certains intérêts de police. Un règlement de police a réservé à l'autorité le soin de fixer, chaque fois, librement la hauteur de la construction à autoriser ainsi que quelques autres détails. Le tribunal exprime des doutes : « l'appréciation illimitée que l'autorité, pour la prescription à donner dans chaque cas individuel, s'attribue à elle-même, ne s'oppose-t-elle déjà pas, en principe, à la validité des règlements ? » Ce doute ne s'explique que par les principes que nous venons d'indiquer : la réserve de la permission était trop rigoureuse.

en rien la force de la défense, tant que la permission n'a pas été effectivement donnée. La défense est formelle. Sa violation entraîne infailliblement les conséquences de la désobéissance.

De son côté, la réserve de la permission constitue une compétence, pour l'autorité, d'écarter la défense pour le cas individuel. L'effet qui en résulte pour le sujet intéressé dépend de la manière dont la règle de droit détermine les conditions de la permission à accorder.

En tant que cette permission est laissée à la libre appréciation de l'autorité, la réserve ne constitue, par elle-même, qu'une possibilité, une espérance qui, selon la délimitation des intérêts qui doivent être pris en considération et selon les circonstances extérieures de l'affaire, a plus ou moins de chances de se réaliser. Il n'est pas question de droit. Mais le cas dans lequel la permission doit être accordée peut être déterminé si exactement, que l'autorité appelée à statuer ne fait que déclarer ce que la règle de droit a déjà voulu, son acte ayant la nature d'une décision. Afin que l'acte soit lié de cette manière, la règle de droit peut dire : dans tel ou tel cas, la permission devra être accordée ; ou bien : la permission ne peut être refusée que dans tel ou tel cas. Si l'acte est ainsi lié, cela produit, d'après la nature de la règle de droit, son effet juridique sur la personne intéressée ; l'acte est lié vis-à-vis de celle-ci. Elle peut l'invoquer et s'en prévaloir pour obtenir la permission. Un pouvoir juridique lui est donné sur l'acte d'autorité à accomplir : il y a là un droit individuel public, d'après la notion exposée au tome I, § 9, III, ci-dessus.

II. — L'autorité ne prononcera sur la permission que sur la *demande* de celui au profit duquel cette permission doit produire son effet. Il faut admettre que

Digitized by Google

cette demande est la condition formelle de l'acte. La loi n'a pas l'habitude de formuler cette condition expressément ; elle est contenue tacitement dans les expressions employées : permission, autorisation, consentement, concession, ainsi que dans les mots : refus de permission, etc. Dès lors, en l'absence d'une demande, l'acte ne serait pas valable. Cela ne signifie pas qu'il sera sans effet ; cela veut dire qu'il doit être annulé, comme nous l'avons déjà dit en parlant de l'ordre (§ 20, III, n. 1 ci-dessus).

L'autorité peut refuser la permission, l'accorder, ou l'accorder avec des conditions.

1) Le *refus* de la permission signifie le maintien de la défense pour le cas individuel. La défense n'a pas l'intention de frapper le cas individuel absolument et définitivement ; c'est l'acte administratif portant refus de permission, qui, seul, lui donne cette signification. Dès lors, cet acte doit être considéré comme une atteinte à la liberté du sujet ; comme tel, il faut examiner son fondement légal, comme l'ordre (5). Le refus est juridiquement valable, si, d'après le sens de la règle le droit, la défense doit être maintenue dans ce cas, ou si l'autorité a été laissée libre d'en apprécier le maintien.

Mais le refus ne touche à la liberté qu'en tant qu'il maintient la défense. Il n'a pas de force propre pour défendre. Il ne décide pas que la défense s'applique effectivement au cas individuel ; si l'on n'est pas dans le cas voulu, le refus de permission est juridiquement indifférent (6).

2) Si la permission est *accordée*, la défense générale devient sans effet pour ce cas ; la liberté est

(5) O. V. G., 17 déc. 1881, (Samml., IX, p. 402) ; 16 fév. 1885, (Samml., XII, p. 365).

(6) O. V. G., 5 oct. 1888 (*Reger*, IX, p. 387).

rétablie, comme elle le serait en l'absence de la défense.

La permission n'a d'effet que pour cette défense. Celui qui a obtenu la permission n'est donc pas protégé contre les mesures de police qui pourront être prises pour d'autres motifs, en exécution de cette défense. Le permissionnaire a cependant un avantage sur celui qui, pour son entreprise, ne s'était jamais trouvé en présence d'une défense. En effet, la règle de droit qui contient la défense s'est emparée de la matière ; désormais, celle-ci ne peut plus être réglée par un acte administratif indépendant. Dès lors, les intérêts de police qu'elle a voulu faire valoir ne pourront plus, en ce qui concerne l'entreprise autorisée en vertu de cette règle, être réalisés une seconde fois par un ordre individuel ; ils sont épuisés par cette défense. Si, plus tard, le besoin d'une semblable mesure se fait sentir, il n'y a toujours que cette défense qui puisse valoir ; le seul moyen est de la faire revivre, c'est-à-dire de retirer la permission, ce qui est soumis à des conditions spéciales (comp. III, ci-dessous) (7).

Cette restriction apportée à la faculté de donner des ordres individuels sera d'une importance d'autant plus grande, lorsque, sans cette restriction, le droit positif se montrera en général très large pour autoriser des ordres pareils ; c'est le cas, par exemple,

(7) O. V. G., 7 juin 1879 : Une permission avait été accordée pour un débit de boissons. Il n'est pas possible de formuler, plus tard, de nouvelles exigences concernant la localité. Sans cela, la sécurité que doit avoir le permissionnaire, d'après la volonté de la loi, en ce que la permission ne peut lui être retirée que par la voie indiquée par la Gew.-Ord. § 53, deviendrait illusoire. Un exemple du contraire se trouve dans O. V. G., 9 janvier 1864 (Samml., XI, p. 370) : autorisation de construire un magasin d'alcool : plus tard, on défend d'emmagasiner ; la qualité dangereuse de la marchandise ne faisait l'objet ni de la permission ni de la défense dont elle dispensait, tandis que, dans la permission du débit de boissons, la question de la localité avait été traitée en même temps. Il n'y avait donc pas ici, comme le tribunal le dit, « une renonciation à faire valoir plus tard, ce qu'exige l'intérêt public ».

pour le droit prussien. Combinée avec une stabilité plus ou moins grande de la permission accordée, cette restriction donne à l'entrepreneur une certaine situation de sécurité juridique vis-à-vis de la puissance publique. Si cette situation a sa valeur pour l'individu, elle ne se confond pas pour cela avec un droit individuel. La permission signifie simplement le *rétablissement de la liberté* ; elle n'a pas de contenu propre. Elle ne donne à celui qui l'obtient rien qu'il n'aurait déjà sans cela. La défense une fois écartée, la possibilité existe pour lui, il est vrai, de faire valoir dans la direction donnée toutes ses forces et tous ses moyens. Il remplit, par des valeurs matérielles, l'espace que la permission a créé ; ces biens sont alors protégés vis-à-vis des tiers de la même manière dont, en général, sont protégés les biens, par eux-mêmes, et non pas à cause de la permission.

La permission écarte la défense *pour le cas donné*. C'est une entreprise déterminée, qui est déclarée possible. Si on en met une autre à la place, la permission n'a pas d'effet. S'il n'y a qu'une extension ou une modification partielle, la première permission subsiste pour la partie correspondante, en tant qu'il est possible de la distinguer. Lorsque, pour ce qui y est ajouté de nouveau, il faut demander une nouvelle permission, on ne peut pas, à cette occasion, revenir sur la permission déjà accordée, autrement que dans les conditions spéciales permettant de la retirer (8).

Mais la question est de savoir en quoi l'entreprise déterminée, pour laquelle la permission est donnée, se

(8) Württemb. V. G. H., 28 nov. 1880 (Württemb. Arch. f. R. XII, p. 323 : permission de construire accordée ; plus tard, nouvelle demande avec plans modifiés ; rejet par des motifs qui étaient déjà dans la première demande ; c'est à tort que la demande a été rejetée : le demandeur avait acquis le droit de surédifier dans la mesure où on le lui avait permis la première fois ; il n'y avait à examiner que ce qu'il y avait de nouveau. En ce sens O. Tr., 13 oct. 1857 (Staatsrecht, XXVI, p 265).

Digitiz

distingue de la partie nouvelle à laquelle elle ne s'applique pas : quand, dans son ensemble, sera-t-elle devenue quelque chose autre qui ne sera plus, en ce qui concerne la permission, *eadem res*.

Cela dépend uniquement de la volonté même de la défense, de la direction que la règle de droit a voulu donner à sa mesure. L'entreprise soumise à permission est toujours désignée pas son *objet*, d'après la nature de l'activité, la nature du but poursuivi ; c'est la matière fixe, identique, générale, à laquelle peuvent s'attacher la permission ainsi que le refus de permission. Ce qu'il y a de spécial à examiner dans l'entreprise, ce qui est l'essentiel au point de vue de la police et le point décisif pour la question de la permission à accorder ou à refuser, est relatif à la *personne* de l'entrepreneur, ou aux *moyens matériels* dont on se servira dans l'entreprise, ou bien à ces *deux choses à la fois*. C'est par là que l'individualité de l'entreprise est déterminée quant à la permission; par là aussi sont déterminées les limites de l'effet de la permission.

Quand une entreprise d'une certaine nature a été soumise à la réserve de la permission en considération des *qualités personnelles* de l'entrepreneur, lorsque ces qualités sont, pour la police, l'essentiel et doivent être examinées avant la mise en œuvre de l'entreprise, la permission produit son effet pour cette personne déterminée, et aussi pour toute entreprise de cette nature qui émanera de la même personne, à moins qu'on ait apporté, à cet égard, des restrictions expresses concernant la localité, l'époque fixée, etc. (9).

(9) Comme exemples de réserves de permissions purement personnelles, nous citerons les « approbations » (voy. note 1 ci-dessus). Lorsque, d'après une loi expresse, la permission accordée produit encore effet au profit de la veuve et des héritiers mineurs du permissionnaire, ces personnes sont considérées simplement comme continuateurs de la personnalité du défunt ; il n'y a donc pas, pour elles, obligation de déclarer leur industrie à la police : *Landmann*, Gew. Ord. sous le § 46, note 2.

Digitized by Google

Quand, au contraire, la réserve de permission vise les *moyens* par lesquels l'entreprise doit être mise en œuvre, — qu'il s'agisse par exemple d'examiner et d'approuver les changements à apporter à un immeuble, les établissements, installations, aménagements qui serviront à l'entreprise, — alors, sans doute, la permission est toujours accordée à la personne de l'entrepreneur ; mais cette personne n'est pas, au point de vue de la police, l'essentiel dans l'entreprise. L'entrepreneur peut changer, sans que, pour cela, la permission cesse d'être accordée à l'entreprise. La permission produit donc son effet au profit de celui qui remplacera la personne qui l'a obtenue tout d'abord. Pour savoir quel est le remplaçant, il faut consulter le droit civil ; les formes ordinaires de la succession s'appliquent. En apparence, la permission accordée est transférée avec l'entreprise ; dans les conventions, elle est souvent mentionnée expressément comme faisant l'objet de la mutation En réalité, l'objet de la transmission juridique entre les intéressés n'est jamais que l'entreprise, l'immeuble, l'établissement, le commerce ; pour l'évaluation de cet objet, la permission existante est, peut être, de la plus grande importance, parce qu'elle y reste attachée ; mais elle n'est pas, en elle-même, l'objet de la convention ou de la succession ; elle les suit de son propre mouvement (10).

Pour comprendre la nature juridique des événements qui se produisent, il faut considérer que la permission est accordée au premier demandeur, non pas en tant qu'il présente certaines qualités personnelles, mais en tant qu'il représente l'entreprise avec

(10) *Seydel* dans Annalen, 1878, p. 578. C'est ainsi que, par exemple, l'autorisation accordée à un établissement industriel peut constituer avec l'immeuble un apport dans la société par actions que l'on va fonder.

un certain genre de moyens et d'arrangements, et, par conséquent, de préférence à tout autre individu qui, après lui, se présentera avec les mêmes caractères. La permission produit son effet pour la *persona certa* à laquelle elle est accordée et pour la *persona incerta* qui se mettra à sa place (11).

La réserve de permission peut enfin embrasser l'entreprise aux *deux points de vue* : les qualités personnelles de l'entrepreneur aussi bien que les moyens par lesquels l'entreprise est conduite sont alors essentiels au point de vue de la police, et doivent être examinés et approuvés pour que l'entreprise ne soit plus soumise à la défense.

Il s'ensuit que, toutes les fois qu'il y aura changement à l'un ou à l'autre point de vue, il faudra obtenir une nouvelle permission pour pouvoir continuer l'entreprise. Des modifications sans conséquence, de simples reconstructions d'établissements et d'arrangements détruits ne sont pas considérés comme un changement de cette nature (12). La loi peut aussi, au cas où la personne a disparu, admettre un remplacement qui exclut toute idée de changement, qui laisse, par exemple, les parents succéder d'eux-mêmes au permissionnaire. Mais s'il y a effectivement un changement dans la personne, la permission doit toujours être demandée et accordée à nouveau. Il faut observer que le côté matériel de la première permission ne subsiste pas : il s'agit, à chaque fois, de la permission

(11) Le droit civil fournit des exemples. Comp. surtout l'affaire du théâtre de Leipzig dans R. O. H. G., 21 avril 1874 (Samml., XII, p.459). La terminologie courante tourne la difficulté en disant simplement que « l'entreprise » est permise La transmission de la permission s'opère ici d'une autre manière que dans le cas de la veuve et des héritiers dont nous parlions à la note 9 ci-dessus : la permission ne continue pas son effet ; elle le produit à nouveau ; dès lors, le successeur doit faire sa déclaration à la police.

(12) La maison dans laquelle le débit de boissons s'exerçait a été brûlée et reconstruite ; ce sont de simples remplacements locaux. O. V. G., 30 déc. 1881 (*Reger*, III, p. 15).

entière ; on examinera, à la fois, la personne et les moyens.

Il en doit être, en principe, de même, dans le cas d'un changement dans les moyens de l'entrepreneur : transformation de l'aménagement, transfert dans une autre localité. Car les deux parties de l'examen et de la permission sont étroitement unies et se tiennent réciproquement : celui qui, personnellement, paraissait capable de conduire l'entreprise avec les moyens approuvés, ne l'est peut-être plus avec les nouveaux moyens qu'il aura choisis. Cependant, il se peut que la loi ait voulu fixer autrement la valeur réciproque des deux côtés de la permission. Il est possible que ces deux côtés ne forment pas, à valeur égale, l'unité d'une permission : que le centre soit dans la personne : c'est à la personne que la permission est donnée, en considération de ses qualités propres ; on n'ajoute qu'une condition, celle de ne s'en servir qu'avec des moyens à approuver spécialement. Alors, au cas de changement des moyens, la première permission concernant la personne subsiste ; pour pouvoir en profiter, il faudra obtenir l'approbation des moyens nouvellement choisis ; mais, à cette occasion, il n'y aura pas lieu de revenir sur les qualités personnelles de l'entrepreneur (13).

(13) Le colporteur a besoin, pour sa personne, d'une patente qui l'autorise ; en outre, il lui faut, pour ses imprimés, une approbation spéciale. Quand il propose une liste nouvelle d'imprimés, la qualification personnelle n'est plus examinée à nouveau (Gew. Ord., § 55, 56, al. 3). Au contraire, les conditions personnelles et réelles sont réunies à valeur égale dans la permission du débit de boissons : qu'il s'agisse d'un nouvel aubergiste ou d'une nouvelle localité, il faut toujours une permission nouvelle tout entière : Preuss. Min., 1er juillet 1884 (*Reger*, V, p. 57). Württemb. Min., 22 avril 1881 (*Reger*, I, p. 358) veut, au cas de changement de localité, ne plus faire examiner les conditions personnelles, mais seulement les conditions réelles, c'est-à-dire la nouvelle localité : « attendu que la concession, d'après sa nature personnelle, est accordée non pas pour une localité afin d'y exercer le débit de boissons, mais à une personne pour exercer cette industrie dans une localité déterminée ». La forme juridique serait donc la même que

3) Au lieu de refuser ou d'accorder simplement la permission, l'autorité peut l'accorder à des conditions déterminées, c'est-à-dire avec des clauses particulières de différentes sortes, correspondant aux termes, charges et conditions proprement dites du droit civil.

Des clauses semblables ne sont possibles qu'autant qu'il y a une latitude laissée à l'autorité ; dès lors, elles ne sont pas possibles quand il existe un droit à la permission à accorder. D'ailleurs, même quand elles sont possibles, ces clauses ne doivent pas être contraires à la volonté de la règle de droit, telle qu'elle résulte du but et de la nature de la mesure de police pour laquelle la règle de droit a réservé la permission et accordé à l'autorité la faculté de l'accorder.

Il faut tirer de là les principes suivants. Une permission à *terme* peut être accordée de deux manières. On peut ajouter à la permission l'indication d'une certaine époque pour caractériser plus exactement l'entreprise elle-même : permission pour une certaine saison ou pour une certaine partie de la journée ou pour des occasions déterminées qui n'ont lieu qu'à un certain jour ou à une certaine série de jours (fêtes). Il n'y a pas là une clause particulière; ce n'est pas une permission accordée pour un temps restreint; c'est une permission pour une entreprise qui, elle-même, est restreinte à un certain temps. Nous n'avons donc pas à nous en occuper (14).

Si le terme doit être une véritable clause particulière, librement posée, il ne peut avoir qu'un sens : l'autorité qui permet ne peut pas, pour le moment,

pour le colportage. Mais la différence n'est pas bien saisie : la permission peut être de nature personnelle et cependant n'être accordée à la personne que pour une localité.

(14) En ce sens O. V. G., 10 oct. 1877 : quoique des permissions de débit de boissons, d'après la loi, ne doivent pas être accordées à terme, il est possible de les accorder « pour l'été » : un débit d'été est non pas un débit à terme, mais une espèce particulière de débit.

se rendre pleinement compte de l'admissibilité de l'entreprise au point de vue de la police ; elle désire donc avoir les mains libres ; par conséquent, elle fixe d'abord un terme, afin que l'entreprise puisse faire ses preuves. Selon le résultat, on accordera ensuite une permission nouvelle. Un véritable terme de cette espèce ne serait pas impossible ; mais, dans ce cas, l'intérêt de la police serait plutôt que l'autorité se réservât, pour toujours ou pour un certain temps et après un certain délai, la faculté de *révocation*. Dans le doute, il faut considérer que telle est la véritable signification de la clause. La différence, c'est qu'alors la permission ne s'éteint pas d'elle-même ; elle ne disparaît que par l'effet de la déclaration de révocation réservée.

Sous ces deux formes, le terme n'est pas possible, quand la loi ou l'ordonnance ont statué elles mêmes sur la durée et sur la fin de la permission. Dans ce cas, même si la permission est laissée à la libre appréciation, on ne peut pas ajouter des clauses particulières (15).

En ce qui concerne la *condition*, il faut également commencer par écarter tout ce qui, par le texte, se donne comme condition, mais ne contient, en réalité, qu'une désignation plus exacte de ce qui, au point de vue de la police, est essentiel et rend nécessaire l'approbation de l'entreprise. Il n'y a pas là une clause particulière ; cela n'en a pas les effets ; cela ressemble plutôt à une *conditio juris*. Exemple : permission accordée pour un débit de boissons à la condition de ne s'en servir que dans la localité approuvée (16).

(15) Les conditions pour retirer les permissions de la police de l'industrie ayant été réglées spécialement par la Gew. Ord., le terme et la réserve de révocation sont exclus l'un et l'autre : O. V.G. 14 janv. 1882 (Samml., VIII, p. 215).

(16) Cela ressemble à une condition résolutoire. O. V. G. 10 oct. 1876 reconnaît aussi une condition suspensive : autorisation d'un débit de

Digitized

Il ne pourrait être question d'une condition que dans le cas où l'on ajouterait à la permission des prescriptions spéciales, dont l'inobservation entraînerait le retrait de la permission et la remise en vigueur de la défense. Mais ce formalisme du droit civil ne convient pas à la police. Pour elle, le principe suprême est la proportionnalité de la mesure. Il s'agit de savoir si le désavantage qui résultera de l'inobservation des prescriptions ordonnées sera assez grand, si l'entreprise sera alors effectivement à considérer comme nuisible ou dangereuse, contraire à la police ; dans ce cas seulement, sa suppression sera justifiée. On ne peut pas le dire à l'avance ; cela doit être, le cas échéant, laissé à l'appréciation de l'autorité qui accorde la permission. Il ne faut donc pas considérer ces prétendues conditions comme étant de véritables conditions entraînant, pour le cas où elles ne seraient pas remplies, la nullité de droit de l'existence juridique de l'entreprise. Ces prétendues conditions signifient simplement que l'autorité se réserve de prendre, en cas d'inobservation, les mesures nécessaires pour parer aux inconvénients qui en résulteraient. Ce sont donc non pas des conditions, mais des clauses ayant le caractère de charges. Aussi les désigne-t-on indifféremment par ce nom ou par celui de conditions (17).

La catégorie la plus importante de clauses particulières ajoutées à la permission est la *charge* qui y est mise, le *modus* du droit de police. Par *charge*, on

boissons à la condition de construire d'abord les locaux approuvés. Il n'y a pas non plus ici de véritable condition.

(17) De véritables conditions peuvent être attachées à la permission de police, quand l'autorité a reçu le pouvoir de poursuivre en même temps, à cette occasion, un autre intérêt que celui de la police, et de le satisfaire par le refus de la permission de police. O. Tr. 15 sept. 1859 : permission de construire accordée, à la condition de céder gratuitement le terrain destiné à la vue. Le propriétaire construit, mais refuse la cession : « la condition n'ayant pas été acceptée, la permission de construire n'était pas donnée ». Une charge imposée dans l'intérêt de la police n'aurait pas eu cet effet.

Digitized by Google

entend une prescription donnée à l'entrepreneur comme clause particulière de la permission, dans le but de parer aux inconvénients qui, au point de vue de la police, pourraient résulter de l'entreprise.

La charge agit dans la même direction que la règle de droit dont la défense est écartée par la permission ; elle combat le même effet nuisible. Par conséquent, elle ne saurait être imposée après que la permission a été accordée purement et simplement (comp. n° 2 ci-dessus). Par conséquent, elle ne peut être imposée que par l'acte même qui accorde la permission comme une restriction partielle de l'effet qu'a la permission de libérer et de rassurer (18).

La charge peut être imposée en s'appuyant sur deux fondements différents.

Dans le pouvoir d'accorder ou de refuser la permission avec libre appréciation est compris le pouvoir de ne l'accorder qu'en ajoutant des prescriptions particulières. Il y est compris comme la mesure moins sévère par comparaison avec le simple refus, de même que le commandement d'un fait portant remède à l'inconvénient est compris dans le droit de défendre purement et simplement (comp. § 19, note 12 ci-dessus).

La loi peut aussi autoriser spécialement celui qui accorde la permission à y ajouter des charges, — que la permission soit, pour le reste, liée ou laissée à la libre appréciation. Dans ce dernier cas, la loi autorise donc des charges que l'autorité pourrait déjà imposer en vertu du pouvoir qui lui est donné quant à la permission à accorder. Cela a cependant une valeur pro-

(18) O. V. G., 7 juin 1877. Il n'est pas possible de se réserver, d'une manière générale, au moment de l'octroi de la permission, toutes les charges ultérieures qu'on jugera nécessaires. Württemb. Min., 22 sept. 1888 (*Reger*, IX, p. 408) ne l'admet qu'en tant qu'on ne pouvait pas encore à ce moment se rendre compte des conséquences de l'entreprise. Tout ce qui pouvait être réglé, la loi veut qu'on l'ait réglé au moment d'accorder la permission.

pre ; en effet, l'importance juridique des charges est différente, selon qu'elles s'appuient sur l'un ou sur l'autre fondement.

Cette importance juridique de la charge se manifeste dans le cas où l'entrepreneur n'en observe pas les prescriptions.

S'agit-il d'une charge que l'autorité n'a ajoutée à la permission qu'en vertu de son pouvoir de libre appréciation, la conséquence de l'inobservation de la charge est que l'entreprise ne jouit plus de l'immunité formelle que la permission accordée avait créée à son profit. La charge n'est pas un ordre de police devant être exécuté. La charge n'est pas non plus une condition dont l'inobservation remettrait en vigueur la défense absolue. C'est la réserve, pour l'autorité, de prendre, dans ce cas, les mesures nécessaires pour combattre le fait contraire à la police impliqué par l'entreprise. La défense de la règle de droit est son fondement légal. Mais les mesures à prendre dépendent du principe de la proportionnalité. Ce sera soit une contrainte directe à l'effet d'exécuter la charge, soit toute autre mesure qui répondra aux circonstances ; il se peut aussi qu'il y ait lieu de révoquer simplement toute la permission. L'autorité avisera (19). Si, au contraire, l'autorité a ajouté à la permission la charge en vertu d'une autorisation spéciale de la loi, la charge est un ordre de police joint à la permission, commandement ou défense, qui entre en vigueur en

(19) O. V. G., 7 nov. 1878 (Samml., IV, 378) : permission de construire une scierie à la condition, c'est-à-dire avec la charge de la couvrir, du côté de la rue, par une maison d'habitation à construire. La scierie achevée, l'autorité veut exiger la construction de la maison d'habitation. Mais le tribunal remarque : « le pouvoir de l'autorité de police ne peut pas aller plus loin que ne le comporte le but poursuivi (principe de la proportionnalité). Bien que l'entrepreneur se soit soumis à la condition, il peut néanmoins, après coup, opposer que, telle que l'entreprise a été mise en œuvre, l'exécution de la charge « dépasserait le but ».

Digitized by Google

même temps que la mise en œuvre de l'entreprise, et qui crée l'obligation correspondante d'obéir. Au cas d'inobservation, il n'y a pas lieu d'examiner ce qui doit se faire ; il y a désobéissance ; il s'agit de faire produire effet aux conséquences de la désobéissance : exécution par contrainte de police, ou peine de police prévue dans la loi et qui sera la même que celle qui frappe la mise en œuvre de l'entreprise sans permission.

Ces deux espèces de charges s'attachent à la permission. La permission peut, comme nous l'avons vu (n. 1 ci-dessus), passer, selon les circonstances, à un nouvel entrepreneur. La charge passera elle aussi. Elle constitue, dans notre second cas, un véritable ordre de police. Dès lors, nous voyons ici, par extraordinaire, un ordre de police produire son effet sur un autre individu que celui auquel il avait été adressé à l'origine (comp, § 20, IV, n. 2 ci-dessus) : l'exécution par contrainte, ainsi que la peine de police, au cas d'inobservation de la charge, frappent directement le nouvel entrepreneur qui doit tenir l'ancien ordre comme lui ayant été donné et notifié (20).

L'autorité peut, à l'occasion de la permission, se servir des pouvoirs qu'elle possède à raison d'intérêts indépendants de la police, pour donner des ordres dans l'intérêt de la sûreté, de la salubrité publique, etc.; elle peut le faire après avoir accordé la permission et même pour une entreprise n'ayant pas besoin d'autorisation. Les effets de ces ordres et les suites de la désobéissance seront, en général, les mêmes que ceux

(20) Voir des exemples d'autorisations légales d'ajouter des charges à des permissions, dans la Gew. Ord. § 18 (établissements dangereux et insalubres), § 24 (installations de chaudières). Le successeur dans l'entreprise est, d'après la Gew. Ord. § 147, directement punissable pour inobservation des charges ajoutées à la permission. Il ne peut pas même arguer de son ignorance : la charge attachée à son entreprise lui avait imposé une obligation d'obéir ; il devait faire son possible pour s'en informer et s'y conformer. Kammergericht, 14 février 1889 (Samml. IX, p. 181). Comp. § 22, III, n. 2 ci-dessous.

d'un ordre joint à la permission comme charge. Mais ces ordres indépendants, qui n'y sont ajoutés qu'extérieurement, ne sont pas des « conditions » de la permission : ils ne passent pas avec la permission au successeur de l'entreprise (21).

III — Le *refus* de permission n'empêche pas de former une demande nouvelle, même si les faits n'ont pas changé. D'ordinaire, l'autorité, en refusant de nouveau, s'en référera simplement à son premier rescrit. Mais elle peut aussi examiner l'affaire à nouveau, et, selon le résultat, permettre ou maintenir son refus. Le premier refus ne la lie en aucune façon. La justice administrative peut apporter une exception, la décision de refus rendue dans la forme d'un jugement passant en force de chose jugée au profit du tiers intéressé (comp. t. I, § 14, note 16 ci-dessus).

La permission une fois *accordée* est, au contraire, soumise à des règles spéciales sur la manière dont elle peut prendre fin.

La permission peut finir par suite d'une condition ou d'un terme qui y a été ajouté. Elle s'éteint par la disparition des faits auxquels elle s'applique : la permission personnelle, par la mort de celui auquel elle a été accordée ; la permission mixte, par cette mort ou par la disparition des moyens approuvés ; la permission réelle, par la fin de l'entreprise.

Pour certaines permissions, la loi a mis comme condition que l'entreprise serait mise à exécution dans un

(21) O. V. G., 18 mars 1866 parle, en ce sens, d'une permission de construire avec une charge « qui a été spécialement ajoutée comme commandement ou défense ». O. V. G., 19 mai 1877 (Samml., II, p. 358). En accordant une permission de construire, on avait défendu, en même temps, au propriétaire de percer, à l'avenir, des fenêtres dans le pignon. Puis, l'autorité exige que le nouveau propriétaire supprime les fenêtres installées par son prédécesseur contrairement à cette défense. Mais le tribunal refuse de faire produire à cette défense tout effet contre le successeur ; c'est seulement en cas de mauvaise foi au moment de l'acquisition, que, peut-être, cette défense pourrait s'étendre à lui. Il n'est pas facile de comprendre comment cela devrait se faire.

Digitized by Google

certain délai, ou que l'entreprise une fois commencée ne cesserait pas de fonctionner pendant un certain délai. D'après la loi, la permission peut s'éteindre par le *non usage*. Ce mode d'extinction n'est pas sous entendu (22).

Parmi les modes d'extinction propres à la permission de police, il ne faut pas compter la *renonciation*. La permission est un acte d'autorité déclarant la défense générale inapplicable à une entreprise. Celui à qui elle est accordée n'obtient rien dont il puisse disposer ; il voit simplement rétablir sa liberté de disposer de ce qu'il a ou aura. Il peut s'abstenir de faire usage de la permission ; quelquefois, il dépend de lui de faire disparaître les conditions matérielles ; il peut même provoquer une révocation dont nous parlerons tout à l'heure. Mais il ne peut pas, par la simple déclaration de sa volonté, annuler ou priver d'effet l'acte d'autorité, tant que subsistent les conditions dans lesquelles cet acte doit produire son effet d'après sa propre volonté (23).

Le mode d'extinction le plus important de la permission est la *révocation*.

Tout acte administratif peut être retiré par l'autorité qui l'a accompli, ou, ce qui est la même chose, peut être annulé par son supérieur. Cela s'applique au refus de permission comme à l'ordre ; accorder la permission après coup, c'est retirer l'acte de refus. Cela

(22) Gew. Ord., § 49. § 50.

(23) *Seydel* dans Annalen, 1881, p. 637 suiv. et Bayr, Staatsrecht, V. p. 683. Pour l'extinction de la permission par suite de la renonciation : *Landmann*, Gew. Ord., I, p. 218 ; *Luthardt* dans Bl. adm. Pr., XXXIX, p. 41 ss. ; *Rehm*, Gew. Konz., p. 74 ; voyez aussi, contrairement à son opinion antérieure, *G. Meyer*, V. R., I, p. 81. Le point décisif est évidemment dans la question de savoir si la permission crée un droit public individuel (comp. t. I, § 9 note 25 ci-dessus) ; la fâcheuse habitude que l'on a de désigner la permission de police par le mot *concession* contribue beaucoup à embrouiller cette question. En effet, la véritable concession, sans aucun doute, crée un droit individuel ; par conséquent, elle s'éteint par la renonciation.

s'applique également à l'acte qui accorde la permission ; toutefois, cela ne s'applique pas aussi absolument qu'au refus et qu'à l'ordre ; en effet, à la différence de ce qui a lieu dans ces deux cas, il s'agit ici d'un préjudice à causer, d'une atteinte ; aussitôt surgissent des *limites de droit* à observer vis-à-vis de l'intéressé (24). La révocation n'est pas libre, quand la permission a été accordée par un jugement passé en force de chose jugée ou quand la loi a voulu l'exclure d'une façon quelconque. C'est ce qui a lieu surtout quand la loi indique spécialement les motifs qui autorisent la révocation ; cela implique l'exclusion de tous autres motifs et de la libre appréciation. De même, la révocation est exclue dans la mesure où la permission ne pouvait pas être refusée légalement ; la révocation, il est vrai, est autre chose que le refus ; mais la règle qui contraint d'accorder la permission ne peut pas vouloir permettre de la renverser aussitôt par la voie de la révocation libre. Il y a, en outre, un motif plus général : la révocation n'est plus libre vis-à-vis de l'entreprise permise, dès que celle-ci est *mise en œuvre* ou *en train d'être exécutée*. Il est clair, en effet, que détruire ce qui a été créé est autre chose et doit être apprécié plus sévèrement que d'empêcher une entreprise de naître. Toutefois, la différence s'explique aussi par la nature juridique de la défense avec réserve de permission, comme nous l'avons montré ci-dessus. La révocation écarte la permission à partir de ce moment, et remet ainsi en vigueur la défense générale dont elle a dispensé. Toutefois, cette défense ne frappe que la mise en œuvre illicite de l'entreprise en question et la continuation de ce qui a été mis en œuvre incorrectement. Elle laisse indemne ce qui a été

(24) O. V. G., 21 mars 1877 : « la révocation de la permission de de police est, en principe, libre ». Seulement en principe !

Digitized by Google

créé correctement, c'est-à-dire en vertu d'une permission accordée. Par conséquent, la simple révocation de la permission n'aboutirait à rien. Il faut un motif spécial pour pouvoir la révoquer *avec le même effet que si elle n'avait pas été accordée* et que si, par conséquent, l'entreprise existante avait été créée incorrectement (25).

De là découle le caractère propre commun aux difrents motifs de révocation admise. Ils tendent tous à faire réagir la révocation de la permission au moment où elle a été accordée. C'est seulement de cette manière que la révocation pourrait frapper l'entreprise qui a été mise en œuvre en vertu de cette permission. C'est l'entreprise mise en œuvre que visent tous les motifs de révocation spécialement indiqués : quant à l'entreprise qui n'est pas autorisée, on n'a pas besoin de

(25) Tout autre chose est de refuser la permission de police pour un enterrement dans une propriété privée ou de la retirer avant l'exécution, et de la retirer après l'exécution. Retirer la permission de fonder une association, c'est prononcer la dissolution, quand la fondation a eu lieu (il en est de même de la dissolution de réunions, de cortèges, etc.) ; Quand la police des constructions a autorisé l'exécution des plans qui lui ont été soumis, rien n'empêche de revenir sur l'affaire, d'exiger des modifications, d'annuler même entièrement la permission, s'il y a lieu ; mais quand une fois la maison est construite, il faudrait la démolir ; la situation juridique est complètement changée. Il est des cas où celui qui a obtenu la permission n'a pas à créer, en conséquence, des faits nouveaux ; la permission peut alors avoir directement cet effet en reconnaissant et en constatant des qualités personnelles. En ce sens, on a déclaré que le permis de chasse, une fois accordé, ne peut plus être retiré qu'en vertu d'un motif spécial reconnu par la loi. On a voulu trouver dans la permission de construire un côté analogue : l'immeuble serait, par l'effet de la permission même, « caractérisé de terrain à bâtir ». Württemb. V. G. H., 28 nov. 1880 ; O. Tr., 13 oct. 1857 (Staatsrecht, XXVI, p. 269). Nous trouvons un cas plus compliqué dans O. V. G., 9 juin 1877 : la police locale avait permis de construire à la campagne des fours à briques ; les fours étaient presque achevés : le Landrat intervient pour retirer la permission et défendre l'entreprise. D'après ce que nous venons d'exposer, la permission n'aurait plus pu être retirée. Mais il s'agit, comme le tribunal nous le dit, non pas d'une simple révocation, mais bien « d'une mesure extraordinaire », comme l'autorité supérieure peut en prendre « dans des cas urgents ». Il s'ensuit qu'il est question d'une indemnité à payer par le fisc, comme dans le cas prévu par la Gew. Ord., § 51.

motifs ; la révocation, abstraction faite de limitations positives, est libre.

Les motifs de révocation sont les suivants :

1) Il faut placer en tête l'*autorisation spéciale de la loi* ; celle-ci peut être donnée librement ou sous certaines conditions. Naturellement, il s'agit toujours d'une révocation en vue de frapper même l'entreprise qui a été déjà mise en œuvre : celle-ci doit être considérée comme étant née incorrectement et comme soumise à la défense. Une autorisation de ce genre s'attache spécialement au droit reconnu à un tiers de former un recours contre la permission accordée, recours formel ou demande administrative. En effet, il faut alors que la question, tant que le recours est ouvert, reste intacte pour l'instance supérieure, et qu'elle ne puisse pas être compromise par l'exécution préalable de l'entreprise (26).

L'autorisation légale peut être remplacée par le *consentement* de l'intéressé : il n'en serait pas ainsi pour un ordre de police créant des obligations nouvelles ; mais, pour rétablir la défense générale par l'annulation de l'exception spéciale créée par la permission, la soumission volontaire est considérée comme un fondement suffisant (comp. t. I, § 8, note 5 ci-dessus). Comme nous l'avons vu, on a l'habitude de désigner ce consentement comme une renonciation (comp. note 23 ci-dessus) ; en effet, ce n'est que la condition de la validité de l'acte administratif prononçant la révocation.

2) Nous avons vu (II, n. 3 ci-dessus) que l'on peut, de différentes manières, par des clauses particulières de l'acte de permission, *réserver la révocation*, absolument ou seulement pour le cas de non-accomplissement

(26) Cette réserve existe pour la restriction légale de la révocation, aussi bien que pour la mise en œuvre effective : Säch. Min. d. I., 5 sept. 1881 (*Reger*, II, p. 240).

Digitized by Google

des charges. Prononcer la révocation, c'est faire valoir une particularité qui, dès le début, était propre à la permission ; la révocation peut donc réagir à son origine.

3) Un autre motif de révocation est fourni par la permission elle-même, quand elle a été accordée incorrectement et qu'elle est juridiquement inopérante. L'autorité, en l'accordant, peut avoir excédé ses pouvoirs. Il ne s'agit que des pouvoirs existant vis à-vis des sujets et constituant la compétence. L'inobservation d'une instruction défendant à l'autorité d'accorder une permission qui, d'après la règle de droit, lui compète, ou lui imposant des conditions, est sans influence à cet égard ; par conséquent, elle est aussi sans valeur pour la question de validité.

Quant aux conséquences d'un excès de pouvoirs, il faut distinguer comme pour l'ordre (comp. § 20, III, n. 1 ci-dessus) :

La permission qui n'était pas comprise dans la compétence générale de l'autorité qui l'a accordée, en particulier, celle qui émanerait d'un fonctionnaire n'ayant pas le caractère d'une autorité de police, est nulle. Il n'y a pas besoin d'une révocation.

Supposons, au contraire, une permission qui a été accordée par une autorité appelée, en général, à faire des actes de cette nature, mais qui est entachée de fausse application de la loi, d'inobservation des formes légales, d'empiètement sur des compétences étrangères et d'autres excès de pouvoir secondaires pour ainsi dire. Cette permission produit son effet juridique et continue à le produire aussi longtemps que et dans la mesure où ce pouvoir ne lui a pas été enlevé par une autorité compétente (27). Cela peut se faire

(27) Les tribunaux civils et criminels exercent un contrôle restreint en refusant, dans leur sphère, à l'acte administratif non valable l'effet juridique. R. G., 22 nov. 1880. Le maire avait donné la permission d'organiser une loterie publique, alors que, d'après la loi, l'autorité supé-

surtout dans la forme d'une révocation complète prononcée pour le motif de non validité. L'autorité qui a accordé la permission non valable peut revenir ainsi sur sa décision ; ou bien l'annulation est prononcée par une autorité supérieure ou par une autorité spécialement appelée soit d'office, soit sur la demande d'un tiers intéressé, à contrôler et à annuler complètement le tout, sans se préoccuper de la mise en œuvre de l'entreprise non valablement permise.

4) Enfin, il y a un motif spécial de révocation au cas où la permission a été obtenue par des *moyens illégitimes* exercés sur le fonctionnaire qui l'accorde : dol et fraude, menaces, corruption. La permission n'est pas, pour cela, nulle de droit ; elle n'est pas même nécessairement non valable, attendu qu'elle peut parfaitement être restée dans les limites légales et surtout dans celles de la libre appréciation. On n'a pas non plus prévu des compétences spéciales pour contrôler à cet égard et pour annuler, s'il y a lieu. Mais l'autorité qui a permis ou ses supérieurs se dégagent ainsi directement de l'acte frauduleux qui les lie ; celui qui a obtenu la permission est repoussé par une espèce de *replicatio doli* (28).

rieure seule aurait été compétente. Le juge, en matière pénale, doit examiner la validité de la permission, et appliquer la peine comme si la permission n'existait pas. Le Tribunal de l'Empire acquitte seulement par le motif qu'il y a erreur excusable.

(28) Ord. Bad. du 12 juillet 1864, § 87. Dès lors, la révocation faite pour ce motif ne produira pas son effet sur le successeur de l'entreprise.

Digitized by Google

§ 22

La peine de police (*Polizeistrafe*)

La *peine* est un mal infligé à un sujet par la puissance publique à raison d'une conduite répréhensible.

Elle a lieu spécialement dans le cas où la conduite est répréhensible pour le motif qu'elle est considérée comme un trouble du bon ordre de la chose publique, comme un *fait contraire à la police*. Elle apparaît alors sous deux formes différentes, selon la manière dont on menace de l'infliger et selon le but qu'elle poursuit.

La menace de la peine peut être adressée dans le cas individuel et par un *acte administratif* dans le but de servir à la contrainte de police : c'est la peine exécutive (*Executivstrafe*, *Ungehorsamsstrafe*, *Ordnungsstrafe*) ; nous en parlerons au § 23, I, ci-dessous.

La menace de la peine peut être adressée d'une manière générale par une *règle de droit*, à la manière du droit pénal commun, dans le but d'apprendre aux sujets que tel fait contraire à la police et que la peine frappe ne doit pas être accompli. C'est ce que nous appelons la peine de police (1).

(1) L'expression « peine de police » (*Polizeistrafe*) signifie originairement une peine qui, dans l'intérêt de la police, est prononcée par une autorité chargée de cet intérêt, par une autorité de police. Cette compétence ayant été transférée, en principe tout au moins, aux tribunaux ordinaires, le motif extérieur de la distinction a disparu ; en revanche, le caractère intrinsèque que cette peine a acquis par sa situation dans le système de la police, s'est, avec les progrès du droit public, affirmé de plus en plus. Et c'est maintenant ce caractère spécial que nous entendons désigner par l'expression « peine de police ». Voy. sur

I. — La peine de police, dans notre droit moderne, s'est associée à la peine du droit pénal commun en adoptant le principe : *nulla poena sine lege.*

Cela n'implique pas simplement l'exigence renouvelée du fondement légal ; la nécessité de ce fondement, dans l'Etat constitutionnel, va de soi, dès qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté et à la propriété, comme cela a lieu dans la peine. Mais pour satisfaire à cette exigence, des autorisations générales, par lesquelles la loi permettrait aux autorités d'infliger des peines dans les cas individuels, auraient suffi. Le principe *nulla pœna sine lege* signifie que la peine doit être fixée dans la forme d'une règle de droit, de manière que la prononciation de la peine dans le cas individuel ne soit que l'application de cette règle, la déclaration de ce que la règle a, pour ce cas, déjà voulu, en un mot une décision. Cela n'empêche pas qu'on puisse laisser à l'appréciation du juge une certaine latitude pour adapter la punition ; mais cela n'enlève pas à l'acte le caractère de décision (Comp., t. I, § 13, I, ci-dessus).

Cette fixation de la peine de police par la règle de droit se caractérise comme suit :

1) La loi, dans la sphère de l'administration et spécialement dans celle de la police, — nous l'avons constaté en traitant de l'ordre de police — délègue, dans une vaste mesure, la création de règles de droit par l'ordonnance ; celle-ci, en effet, grâce à sa plasticité plus grande, est plus capable de s'accommoder aux circonstances de temps et de lieu. Il ne serait aucunement contraire aux principes du régime du

l'historique : *Goldschmidt*, Verwaltungsstrafrecht, p. 70 ss. L'*Union internationale de droit pénal* a traité, dans plusieurs rapports, la distinction pratique à faire entre la contravention de police et les autres infractions (Bulletin, VII, p. 32, 45, 55, 77, 92, 131, 184). Mais ce n'est que dans le rapport *Franck*, qu'a été tentée la recherche du contact si nécessaire avec la doctrine du droit public.

Digitized by Google

droit que la fixation de la peine fût également abandonnée à la règle de l'ordonnance.

Mais ici, on suit des systèmes différents.

Dans la sphère d'influence du droit français, la loi, par principe, n'use pas de la faculté de déléguer à l'ordonnance la fixation de la peine de police. Les abus qui, avant la Révolution, avaient résulté des comminations arbitraires des *règlements* avaient laissé une impression si profonde que, lors de la nouvelle organisation du droit public, on fit valoir, dans toute sa vigueur, le principe *nulla poena sine lege*, en ce sens que la règle de droit qui fixe la peine doit toujours émaner de la loi constitutionnelle elle-même, par suite, d'une loi dans le sens formel et matériel à la fois. Il ne doit pas être établi, par le pouvoir exécutif, de règle de droit contenant une peine de police ; en d'autres termes, il ne doit pas être donné d'autorisation légale. La législation, en général, s'est conformée à ce principe ; toutefois, il y a de rares exceptions qui, naturellement, signifient que des fixations de peine peuvent valablement être faites par le chef de l'Etat ou par ses autorités. Il n'y a pas, en effet, d'impossibilité juridique à ces délégations ; seulement, elles ne sont pas usitées.

Les Codes pénaux de police de l'Allemagne du sud ont adopté cette manière de voir.

La fixation de la peine est donc ici toujours faite par la loi ; seule, la désignation plus exacte du fait punissable peut être abandonnée au règlement de police (Comp. n° 2, ci-dessous). Il y a bien des lois pénales de police (*Polizeistrafgesetze*) et des ordonnances de police (*Polizeiverordnungen*) ; mais il n'y a pas d'ordonnances pénales de police (*Polizeistrafverordnungen*), c'est-à-dire des ordonnances contenant la fixation d'une peine de police.

Au contraire, la loi prussienne sur l'administration

Digitized by Google

de la police du 11 mars 1850 autorise les autorités, pour le cercle des affaires de police qui leur est attribué, « à édicter des prescriptions et à fixer, au cas d'inobservation, des amendes » jusqu'à un taux déterminé. La fixation de la peine se présente donc ici avec la désignation du fait dans la forme commune de l'ordonnance ; elle est soumise aux conditions juridiques générales de l'ordonnance en ce qui concerne la confection, la publication, le droit de contrôle, l'annulation et la révocation. A côté de ces ordonnances pénales de police, apparaissent aussi, dans le droit prussien, de simples ordonnances de police qui, pour la fixation d'une peine dont elles pourraient avoir besoin, s'appuient sur une loi pénale de police, en particulier sur des lois pénales de l'Empire ; de cette manière, il y a ici relativement plus de variations (2).

2) La règle pénale de police s'adresse, comme toute loi pénale, en première ligne à l'autorité appelée à prononcer la peine : elle détermine ce qui doit être fait par cette autorité vis-à-vis du sujet ; la nature double de la règle de droit produit alors, en même temps, la détermination juridique correspondante du sujet, d'après laquelle il doit arriver au sujet telle chose de la part de l'autorité (Comp. t. I, § 7, I ci-dessus).

La fixation de la peine est toujours un acte *conditionnel* : telle peine sera prononcée si telle conduite se présente.

La détermination de la conduite qui remplira cette condition peut être contenue dans la fixation de la peine elle-même ; la formule est alors : celui qui fera telle ou telle chose sera puni de telle ou telle manière. Mais la détermination de la conduite peut aussi être

(2) *Rosin*, Pol. Verord, p. 74 ss. ; *le même*, dans Wörterb., II, p. 280. Il est inexact de prétendre que chaque ordonnance de police contienne un ordre et une fixation de peine, et, par conséquent, soit une ordonnance pénale de police. C'est cependant ce que fait *Læning*, V. R., p. 231.

Digitized by Google

placée à côté de la fixation de la peine ; elle prend alors la forme d'un ordre, d'un commandement ou d'une défense. Nous aurons ainsi les deux phrases : il est commandé (défendu) de faire telle ou telle chose ; et : celui qui agira contre cet ordre sera puni de telle ou telle manière. La première phrase peut être réunie avec la seconde dans un même acte ; elle peut aussi en être séparée extérieurement. Elle se présente comme un ordre de police, dépendant, dans tous ses éléments, des règles que nous avons exposées dans le § 20 ci-dessus.

La pénalité est une suite de la désobéissance.

L'autre formule aussi, plus simple et plus usitée dans le droit pénal commun : « celui qui fera telle chose sera puni de telle manière », ne contient pas seulement, vis-à-vis du sujet, la déclaration qu'il doit être puni à telle condition. La peine attachée au fait désigné implique, en même temps, la constatation que tel fait est contraire à la police et à la déclaration de la volonté de la loi, et qu'il ne doit pas être commis. On peut donc, si l'on veut, dire que la peine de police, dans ce cas aussi, est, comme toute peine de droit commun en général, une conséquence de l'insoumission à la loi ; il est vrai, en effet, qu'il y a ici une action contraire à ce que la loi avait déclaré être sa volonté. On peut aussi dire que cette peine attachée directement au fait contient un ordre, en prenant ce mot dans un sens plus général et moins exact. De véritable ordre de police, il n'y en a pas ici. L'obligation d'obéir qui lui est propre n'est pas fondée.

Il ne faut pas trop chercher l'uniformité. C'est non pas la désobéissance à un ordre, mais la conduite répréhensible, qui est la condition de la peine en général, et de la peine de police en particulier. La désobéissance n'est qu'une espèce particulière de con-

Digitized by

duite répréhensible qui, il est vrai, se présentera le plus souvent dans la peine de police (3).

3) L'importance de toute règle de droit pénale est de convaincre les sujets, par la peine fixée et destinée à être infligée, de la nécessité de tenir une conduite conforme à l'intérêt public. La règle de droit pénale de police est faite pour inspirer une conduita conforme à la police, une conduite selon le devoir qui incombe au sujet de ne pas troubler le bon ordre de la chose publique. Le mal, dont elle menace et qu'elle fait infliger, est le moyen pour atteindre ce but. Par là, la règle pénale de police se rapproche ici de la contrainte de police ; elle forme avec cette dernière l'opposé de l'ordre et de la permission dont nous avons traité jusqu'ici et qui déterminent un état juridique, sans donner le moyen de le maintenir.

Toutefois, c'est seulement par exception que le devoir général dont est tenu le sujet envers la police de ne pas troubler le bon ordre de la chose publique, peut devenir le fondement direct des mesures de contrainte à employer par l'Etat. Dans le régime du droit, la règle est que l'on doit d'abord, dans les formes convenables — règle de droit ou acte administratif —

(3) Un résumé des différentes théories se trouve dans *Rosin*, dans Wörterbuch, II, p. 274 ss. — Quand on veut caractériser la peine de police comme une peine attachée à la désobéissance (*Merkel*, Stf. R., p. 46 ; *Rotering*, Pol. Uebertretungen, p. 18), on entend par désobéissance toute conduite contraire à la volonté de la loi ; en ce sens, il y aurait également désobéissance de la part de celui qui n'agit pas comme la loi civile le veut ; la désobéissance se faufilerait ainsi dans toute sorte de délits. Dans le même ordre d'idées, il est permis de trouver, dans toute fixation de peine, un ordre auquel il y a désobéissance ; les « normes » de *Binding*, Stf. R., I, p. 156 ss. ; Normen, I, p. 1 ss., sont des ordres de cette espèce. Mais ce ne sont pas des ordres dans le sens strict de nos institutions du droit administratif. La meilleure preuve en est que cette « norme » peut aussi être fournie par l'acte d'une autorité *étrangère* auquel notre loi pénale s'attache : *Binding*, Stf. R., I, p. 180, note 17. Cet acte n'a, devant nos tribunaux, aucun caractère d'autorité ; il ne peut être question d'un ordre obligeant chez nous à l'obéissance.

Digitized by Google

déterminer plus exactement ce qui, en vertu de ce devoir, est dû ; de là partira seulement le procédé ultérieur. Cette détermination plus exacte se fait par l'ordre de police et par la permission de police, lesquels sont sous entendus par la peine de police. Mais la fixation de la peine peut contenir cette détermination en elle-même, en désignant directement le fait punissable.

Quand elle se présente sous cette forme, la règle de droit pénale de police remplit, en même temps, la fonction propre à l'ordre de police et à la permission de police.

A raison de ce double aspect, la fixation de la peine de police occupe une place centrale dans la série des institutions du pouvoir de police.

II. — La règle de droit qui édicte la peine de police est, à plusieurs points de vue, *complétée* par d'autres actes de la puissance publique.

Ces actes l'achèvent, restreignent son application ou en fournissent les conditions. Ces actes présentent partout les formes déjà connues du droit de la police : elles sont simplement détaillées et modifiées par les circonstances.

1) La règle de droit pénale peut avoir besoin d'être complétée par un *ordre de police*. Tel est le cas, lorsqu'elle ne détermine pas directement le fait punissable, lorsqu'elle attache la peine à la désobéissance à un ordre qu'elle ne formule pas en même temps, mais qu'elle suppose contenu dans d'autres lois, dans des ordonnances ou dans des actes individuels.

La question que nous avons à examiner est la suivante : quand la règle de droit pénale en matière de police contient-elle, en elle-même, pour les autorités, l'autorisation de donner les ordres qui doivent servir à la compléter?

Dans les cas ordinaires, il n'y aura pas de difficulté

pour répondre affirmativement. La loi aura, par exemple, dit : celui qui aura contrevenu aux ordres de police concernant telle ou telle matière sera puni ; ou encore : celui qui, contrairement à une défense de police, aura fait telle ou telle chose sera puni. Dans ces mots, même sans qu'une autorité soit désignée, on pourra trouver l'autorisation d'édicter des ordres correspondants. L'autorisation sera censée avoir été donnée pour les autorités dans la compétence desquelles ces matières se trouvent placées ; s'il n'y en a pas, on pourra, tout au moins, commencer par émettre une ordonnance d'exécution de la loi pénale, en vertu de cette loi, en vue d'y ajouter l'attribution de compétence et de rendre ainsi directement praticable la fixation de la peine.

Cette interprétation, il est vrai, n'a pas une valeur absolue ; il peut résulter des circonstances que, même en présence d'un texte semblable, une autorisation n'a pas dû être donnée. Tel sera le cas, lorsqu'il existe déjà une loi ayant réglé, d'une manière expresse et déterminée, le droit de faire des règlements de police pour des questions de ce genre ; dans cette hypothèse, la loi pénale ainsi rédigée n'aura pas voulu donner des autorisations nouvelles dont on puisse se servir librement ; elle ne contient plutôt qu'un renvoi à ce qui peut être fait selon l'ordre existant (4).

Il faut dire la même chose quand il y a lieu de croire que le législateur, par cette rédaction, a visé l'établissement de ces prescriptions de police par un acte législatif spécial à émettre ultérieurement ; dans ce cas aussi, nous ne trouvons pas l'intention de donner une autorisation. Tout ceci revient à une interprétation de la loi.

Mais il faut se souvenir de ces cas exceptionnels

(4) *Rosin*, Pol. Verord., p. 73.

Digitized by Google

lorsque la loi pénale qui doit contenir l'autorisation est une loi de l'Empire. D'ordinaire, c'est l'Etat particulier qui fournit la puissance exécutive, même pour la législation de l'Empire. Par conséquent, la question sera ici de savoir si, sur une loi pénale de l'Empire ayant la rédaction dont nous parlons, on pourrait fonder une compétence des autorités des Etats particuliers de donner des ordres. En règle, il arrivera que la législation particulière se sera déjà occupée de la matière d'une façon quelconque, et que le droit de l'Empire n'a qu'à unifier et à amender. Le droit particulier aura alors déjà admis des ordonnances et des ordres individuels dans une mesure différente ; ou bien il ne les aura pas admis, et cela représente également un ordre existant. La loi pénale de l'Empire part donc toujours, pour la totalité des droits particuliers, de cette supposition — qui, pour la loi pénale particulière, n'existe qu'exceptionnellement — que les prescriptions de police auxquelles elle entend attacher ses fixations de peine puissent trouver ailleurs leur fondement légal. Il est vrai qu'il dépend toujours de la loi d'Empire de dire, à l'occasion de la fixation de la peine, qu'elle entend aussi régler et établir sur des bases propres le droit de faire, en matière de police, les ordres et les ordonnances que cette peine suppose. Mais cela ne se présume pas. Si l'intention de donner des autorisations propres ne résulte pas de circonstances spéciales, la loi d'Empire est toujours censée attendre son complément du droit particulier agissant indépendamment d'elle.

Cette intention exceptionnelle existera en particulier, lorsque la législation de l'Empire s'emparera systématiquement de toute une sphère de la police ; dans ce cas, il est naturel que le droit d'édicter les ordres de police qui s'y réfèrent soit réglé par elle aussi bien que le droit pénal de police. C'est ainsi que la *Gewerbeord-*

nung, par exemple, contient, en même temps que les fixations de peine par la législation de l'Empire, le règlement de l'ordre de police par la législation de l'Empire. Tout différent est le Code pénal de l'Empire. Son objet n'est que la fixation de la peine, y compris, il est vrai, la fixation de la peine au cas de désobéissance à des ordres de police édictés par les autorités. Mais cela ne veut pas dire que le pouvoir de faire des ordres de police doive être réglé, à cette occasion, par la législation de l'Empire ; le droit particulier peut fournir le nécessaire. Les prescriptions du Stf. G. B. se contentent de renvoyer, d'une manière toute générale, à des prescriptions de police, à des ordres et mesures pour tel ou tel objet. On sous-entend toujours : si, d'après le droit particulier, en cette matière, un ordre, par voie d'ordonnance ou d'acte individuel, peut être donné et est réellement donné, la désobéissance sera frappée de telle peine.

On voit la différence : soit une fixation de peine, par le droit particulier, ayant la même teneur, déclarant par exemple en termes généraux : celui qui contrevient aux prescriptions de police édictées pour obvier aux dangers, etc ; nous trouverions là, sans hésiter, le fondement suffisant pour émettre ces prescriptions, à moins qu'il résultât des circonstances qu'on n'avait pas l'intention d'accorder de nouvelles autorisations indépendantes. Pour la fixation de la peine par la loi de l'Empire, au contraire, nous nions cette intention en principe, et nous n'admettons que la preuve du contraire (5).

(5) *Rosin*, Pol. Verord., p. 67 ss. *Schwarze*, Stf. G. B., 5e éd., p 934. — En sens contraire, *Lœning*, V. R., p. 235, note 3, veut toujours déduire, de ces mentions dans la loi pénale de l'Empire de prescriptions de police, une délégation du droit de faire des ordonnances. Il cite comme preuve les législations de l'Allemagne du Sud qui, lors de l'introduction du Stf. G. B. se contentaient d'indiquer les autorités dont devaient émaner les règlements de police prévus dans les paragra-

Digitized by Google

2) La *permission de police* est également liée à la règle pénale de police. Si la fixation de la peine s'attache à la désobéissance à un ordre de police, son effet dépend, par cela même, de la non existence de la permission prévue. Il n'y a là rien de particulier.

Mais la règle pénale, même quand elle attache directement la peine au fait désigné, peut réserver la permission. « Celui qui, sans permission de police, fera telle ou telle chose, sera puni », telle est la formule souvent usitée. Lorsque la peine est attachée directement à un certain fait spécialement désigné, cela n'implique pas un ordre ; la permission ne peut donc pas signifier ici la dispense d'un ordre.

La fixation d'une peine implique toujours la réprobation d'un certain fait Mais à cette réprobation et, par conséquent, à la pénalité, des exceptions peuvent être apportées. Il est dit, par exemple : « Celui qui, en dehors du cas de nécessité, aura fait telle ou telle chose » sera puni. Lorsque la réprobation est abandonnée à un acte séparé, elle reçoit la forme d'un ordre de police (comp. I, n. 2 ci-dessus) ; lorsque la création d'une exception à la réprobation est abandonnée à un acte séparé, elle reçoit la forme d'une permission de police. Comme la réprobation est l'essence de la fixa-

phes du Stf. G. B. Mais cette indication a bien la valeur d'une autorisation que ces législations donnent elles-mêmes. Il y aurait une preuve du système de *Læning*, si elles étaient restées muettes sur ce point, attendu que l'autorisation légale était déjà dans la loi de l'Empire, et que la désignation des autorités compétentes pouvait, s'il en était besoin, être simplement faite par des ordonnances d'exécution en vertu de cette même loi. *Læning* trouve une autre preuve dans le § 145, Stf. G. B. « Celui qui aura contrevenu aux prescriptions édictées par l'Empereur pour prévenir les collisions de navires, etc. » ; cette loi contient indubitablement une autorisation pour l'Empereur de faire un règlement de police. Mais il y a une confusion ; ici la chose est tout autre : il ne s'agit pas d'une autorisation donnée par la loi de l'Empire aux autorités des Etats particuliers. Entre l'Empereur et la loi de l'Empire, le rapport est le même qu'entre les organes du pouvoir exécutif de l'Etat particulier et la loi particulière ; dès lors, il faut appliquer les principes que nous venons de mentionner en première ligne.

tion de la peine, la permission exclut, avec la réprobation, l'application de cette règle. Telle est ici sa fonction.

La réserve de la permission de police qui se trouve dans une loi d'Empire, jointe à la fixation d'une peine, peut désigner l'autorité dont cette permission doit émaner. Lorsqu'il est parlé d'une manière générale de « permission de police » ou de « consentement de l'autorité compétente », cela profite directement aux autorités des Etats particuliers qui, au besoin, seront désignées plus clairement par des ordonnances d'exécution rendues au nom des Etats particuliers. La législation particulière n'étant pas nécessaire pour donner à ces autorités un fondement légal quant à la permission, ne doit intervenir que dans le cas où il s'agit de restreindre plutôt le pouvoir de la permission accordée par la législation d'Empire ou de le soumettre à des conditions et à des formes de procédure.

Du reste, cet acte de dispense de la réprobation contenue dans la fixation de la peine suit les règles ordinaires de la permission de police, en ce qui concerne la manière de l'accorder, en ce qui concerne ses effets et les modes d'extinction (6).

Cette permission, dans le sens strict de notre institution, ne doit pas être confondue avec une autre espèce de consentement qu'on appelle aussi permission et qui, tout en protégeant aussi contre l'application de la peine, repose sur une base juridique toute différente.

C'est que l'effet de ce consentement ne découle pas d'un pouvoir qui appartiendrait à l'autorité de disposer de la force juridique de la règle de droit pénale ainsi

(6) On trouvera des exemples dans Stf. G B., § 367, chiff. 3, 8 et 11. *Rotering*, Pol. Uebertretungen, p. 84 : « il ne suffit pas que l'autorité de police en ait, par hasard, eu connaissance, parce qu'il faut une *causae cognitio* ». Il s'agit d'un véritable acte d'autorité, à la différence de ce qui va être dit.

Digitized by Google

que de la supprimer pour le cas individuel. Ici, au contraire, la peine est écartée parce que le consentement contient une disposition valable du bien juridique que la peine de police a pour but de protéger. Ainsi, cette espèce de permission suppose que l'objet contre lequel est dirigé le fait désigné dans la fixation de la peine, soit soumis à une certaine disposition impliquant le pouvoir d'admettre ce fait ; alors, dans la fixation de la peine même, la réserve tacite suivante — si elle n'est pas déclarée expressément — est sous-entendue : « quand cela est fait illicitement ».

Dans ce cas, il n'est pas besoin d'une autorisation légale pour déroger à la fixation de la peine et dispenser de ces effets ; il suffit du pouvoir de disposer qui appartient à celui qui donne son consentement. Le consentant ne doit pas nécessairement être une autorité de police, car cette espèce de permission n'est pas une émanation du pouvoir de police ; ce peut être une autorité quelconque préposée à la direction de l'objet de l'infraction. Cette permission n'est pas nécessairement un acte administratif, déterminant par voie d'autorité ce qui doit être de droit pour le sujet : elle peut être valablement donnée par un employé inférieur dans les limites des fonctions qui lui sont confiées. Il se peut même, selon la nature du fait illicite que la loi pénale suppose, que le consentement justificatif émane d'un particulier intéressé ; sa déclaration aura alors le même effet que, ailleurs, le consentement de l'autorité.

Cette espèce de permission trouve sa sphère d'application la plus importante dans les *choses publiques*. L'usage que les sujets pourront en faire est restreint ou exclu par des prescriptions pénales de police. Des permissions ayant, par leur forme et par leur fondement, la nature juridique que nous venons d'exposer, créent, pour les cas individuels, la pos-

sibilité d'un usage plus large. Nous y reviendrons en traitant de la jouissance des choses publiques (t. III, § 38 ci-dessous) (7).

3) Nous avons déjà parlé au § 20, III, n. 2 ci-dessus de la *sommation* comme d'une simple notification faite par la police et qui doit être distinguée de l'ordre de police. La sommation peut acquérir une importance juridique comme condition d'une mesure de police à prendre. En ce sens, elle a son rôle principal par rapport à la peine de police. C'est une manière de ménager le coupable ; on admet qu'il est possible qu'il ne soit pas suffisamment éclairé sur son devoir et qu'il s'y conformerait si on lui en donnait conscience en lui adressant directement la parole.

La loi exige, dans ce cas, que le coupable, pour devenir punissable, reçoive une « sommation » (*Aufforderung*), un « avertissement » (*Warnung*), qu'on l'ait « rendu attentif », qu'on lui ait donné une « instruction ». La sommation peut consister dans le simple avertissement que l'individu se trouve dans le cas visé par la fixation de la peine ; la sommation peut

(7) On trouvera d'autres exemples dans : Stf. G. B., § 360, chiff. 1, 4, 5 et 7 : § 369, chiff. 1 ; Bayr. Pol. Stf. G. B., 1871, art. 23. — Nous aurons aussi à citer ici les cas dans lesquels la « violation d'un droit privé » est punie dans l'intérêt de la police : Stf. G. B., § 368, chiff. 8, 10 et 17 ; Preuss. Feld. u. Forst. Pol. Ges., § 10 ; Bayr. Pol. Stf. G. B., art. 93. Partout, une condition de la pénalité est que l'acte soit fait « sans autorisation », condition qui cesse par suite de la « permission » de celui qui a le droit de disposer. Il y a là une certaine affinité avec la cause d'exclusion de la pénalité que présente « le consentement de la personne lésée ». Mais les auteurs de droit pénal font fausse route, lorsqu'ils veulent aussi placer sous ce point de vue la véritable permission de police : *H. Meyer*, D. Stf. R., p. 317 ; *Haelschner*, D. Stf R., I, p. 470, note 2 ; *Binding*, Stf R., I, p. 708. Notre véritable permission de police est une exclusion partielle de la règle de droit qui défend ou fixe une peine ; elle a un effet formel. Le consentement, que nous plaçons ici à côté d'elle et qu'on appelle souvent aussi une permission, ne touche pas à la règle de droit ; il modifie le fait qu'elle vise, de manière à ce qu'elle ne s'y applique plus. Quant à savoir s'il peut avoir cet effet ou non, c'est une question d'espèce. Les conditions à ajouter, les charges, la révocation, tout se règle ici d'après des principes tout autres.

ajouter des instructions et des informations sur ce que l'individu aura à faire pour que cesse le fait punissable.

La sommation a ici une certaine affinité avec la seconde espèce de permission dont nous venons de parler. Elle n'est pas un acte administratif ; elle n'a pas besoin de fondement légal ; elle n'émane pas nécessairement d'une autorité de police, pas même d'un fonctionnaire public en général ; d'après la règle pénale, il peut suffire, pour que la condition qu'elle prévoit soit remplie, d'une mise en demeure par un autre individu intéressé (8).

Par contre, la sommation ne signifie pas autre chose que l'exclusion de la condition que la loi pénale avait posée ; cette loi produit maintenant son effet, comme si la condition n'avait pas existé. La sommation n'a pas, par elle-même, de force obligatoire par laquelle elle déterminerait juridiquement le rapport de devoir.

Extérieurement, les choses se présentent souvent comme si un ordre individuel avait été édicté en vertu de la loi ; ce serait à cause de la désobéissance à cet ordre que la peine serait encourue. Mais, pour le tribunal qui aura à statuer sur la pénalité, cela fait une grande différence. Y avait-il un ordre véritable, le tribunal examinera simplement si l'autorité était dans les limites de sa compétence ; quant à savoir si le fait qu'elle a exigé était utile et nécessaire, c'est une question qui est hors de cause. Y avait-il une somma-

(8) Nous citerons comme exemples : l'annonce de l'heure de clôture de l'auberge, d'après Stf. G. B., § 365 (R. G., 13 mars 1884 ; Samml. Stf. S., X, p. 296) ; la prescription provisoire du vétérinaire, d'après la loi d'Empire contre les épizooties du 23 juin 1880, § 12, équivalente aux prescriptions que le médecin donne aux membres de la famille du malade qui le soignent : peu importe que la loi, dans le § 66, fixe une peine pour les cas d'inobservation ; cela ne change pas le caractère de cette prescription. Nous pouvons ajouter l'avertissement donné par le ramoneur au propriétaire, qu'il y a un danger d'incendie à prévenir, d'après Bayr. Pol. Stf. G. B., 1861, art. 171, chiff. 1 ; *Edel*, Pol. Stf. G. B., p. 401.

tion, le tribunal examine si, au sens de la loi pénale, existait le devoir d'agir ainsi, si le fait exigé par la sommation répondait aux intentions dont s'inspirait la règle de droit quant à son utilité et à sa nécessité ; l'opinion exprimée à cet égard par la sommation est sans importance. Si la règle de droit, comme cela arrive souvent, exige, pour que la pénalité soit encourue, une « sommation par la police » ou une « sommation par l'autorité compétente », cela peut signifier un ordre ou une simple mise en demeure ; d'après ce que nous venons de dire, la situation juridique sera bien différente dans les deux cas. Quant à savoir ce que la loi a voulu, cela résultera surtout de l'organisation générale du droit de la police, s'il y a des autorisations générales pour des ordres individuels, ou si, en principe, ces ordres sont écartés (comp. § 20, note 4 ci-dessus). Lorsque c'est une loi pénale de l'Empire qui se prononce de cette manière, elle s'applique différemment selon les différents systèmes de législation administrative qu'elle rencontre : pour les uns, elle s'interprète en ce sens qu'elle fixe une peine pour la désobéissance à un ordre de police, pour les autres, en ce sens que la pénalité qu'elle édicte directement dépend de l'accomplissement de la formalité d'une sommation préalable. Il n'y a pas moyen d'échapper à cette conséquence (9).

(9) La question a été surtout discutée à l'occasion du Stf. G. B., § 367, chiff. 13 : « Celui qui, malgré une sommation de la police, néglige de réparer ou de démolir des bâtiments menaçant ruine ». L'inculpé peut, devant le tribunal, alléguer que la sommation n'était pas nécessaire, que le bâtiment ne menace pas ruine, ou que la réparation prescrite ne répond pas au but. Le tribunal doit-il ou non s'engager dans un examen de ce point de vue ? C'est une controverse qui est déjà ancienne. *Oppenhoff*, Stf. G. B., § 367, chiff. 13, note 75 ; *Oppenhoff*, Ressortverk., p. 32 ; *Riedel*, Bayr. Pol. Stf. G. B., 1871, 2e éd., p. 163 ; *Schicker*, Württemb. Pol. Stf. G. B., I, p. 163 ; *Rotering*, Pol. Uebertretungen, p. 30. Pour moi, la solution dépend simplement de la question de savoir si cette sommation est un ordre, c'est-à-dire un acte administratif qui, en vertu des pouvoirs attribués à l'autorité, crée par lui-même un rapport juridique, ou si, au contraire, elle n'est qu'une

Digitized by Google

III. — *La condamnation à la peine de police* est strictement liée par la règle de droit pénale. Elle consiste uniquement dans l'application de la règle au cas individuel : l'autorité examine si le fait qui lui est soumis répond à cette règle et quelle est la peine voulue par celle-ci. C'est une décision que l'autorité prononce. Cette décision, en règle, est rendue par les tribunaux pénaux communs, dans les formes de la procédure criminelle, et l'exécution suit les règles de cette procédure.

Mais il faut reconnaître que le juge, statuant sur le fait punissable, agit autrement dans la contravention

mise en demeure de se conformer à un rapport juridique déterminé directement par la loi. Les législations des Etats diffèrent sur ce point ; il est donc inexact de conclure de l'une à l'autre. Pour le droit prussien qui admet dans une vaste mesure des ordres individuels, le droit de contrôler devrait être refusé aux juges. — Le droit français autorise un ordre de ce genre dans le cas où le bâtiment menace, en même temps, la voie publique (*Dufour*, Droit adm., III, n. 367 ss. ; ma Theorie d. Franz. V. R., p. 274). Dans ces conditions, Rhein. Kass. Hof., 27 janv. 1850 a nié le droit de contrôle du juge. On a l'habitude de citer cette décision comme réglant la question d'une manière générale sans distinction, ce qui évidemment n'est pas exact. — Un droit restreint de faire des ordres de police pour ce cas est également reconnu dans Bad. Bauordnung du 6 oct. 1872. Dans les cas où, selon le droit français ou badois, la sommation est faite sans que les conditions spéciales d'un ordre de police formel soient données, la prescription pénale du Stf. G. B. s'applique cependant ; mais la sommation n'a alors que l'effet d'une mise en demeure. — Le droit bavarois ne veut pas des ordres de police individuels indépendants ; si donc, Pol. Stf. G. B. 1861, art. 185, fixe une peine pour l'inobservation de la « sommation de consolider, de réparer ou de démolir des bâtiments menaçant ruine », cela ne peut signifier qu'une mise en demeure : *Edel*, le Pol. Stf. G. B., p. 426, 427 : *Nar*, Handb. d. Distr. V. Behörden, p. 738. La jurisprudence n'est pas fixée. En ne distinguant pas clairement l'alternative capitale : ordre ou mise en demeure, on se heurte toujours à la règle, — plus vénérée que comprise — de la séparation de la justice et de l'administration, règle qu'on ne parvient pas toujours à tourner. Ob. G. H., 3 avril 1868 (*Stenglein*, Ztschft, IV, p. 326) nie le droit de contrôle en principe, mais examine, cependant, si la sommation avait été assez claire pour indiquer au propriétaire les réparations nécessaires, et, en conséquence, acquitte ; Ob. G. H., 19 février 1876 (Samml. Stf. S., VI, p. 68) refuse tout contrôle ; Kass. H., 7 sept. 1878, au contraire, acquitte malgré la sommation faite par la police, parce que, dans l'opinion du tribunal, il n'y avait pas danger de ruine. La dernière décision est seule conforme aux principes du droit bavarois.

de police et dans le délit de droit commun. On a voulu exprimer cela de différentes manières; on a parlé de la sévérité relative de la règle pénale en matière de police, de la notion formelle de la contravention de police, de la prépondérance du fait matériel, etc. Mais le délit de police, à cet égard, n'est pas seul. Il fait partie de la grande famille *des délits administratifs* qui, partout, offrent des particularités semblables. Nous aurons à nous occuper des délits de finance, des pénalités encourues à raison du non-accomplissement de services personnels et de charges publiques; à raison même de l'omission de profiter de certaines œuvres administratives. Ces délits tirent chacun leur caractère particulier du fondement de droit administratif sur lequel ils reposent. Pour la contravention de police, c'est le droit de la police (10).

La peine de police s'attache à un fait contraire à la police, à un trouble causé au bon ordre de la chose publique par l'existence individuelle. La loi choisit ou laisse choisir par les autorités les troubles qui lui paraissent assez importants pour y attacher la peine, soit directement, soit par l'intermédiaire de la désobéissance à un ordre précédent. Eviter des troubles du bon ordre est un devoir général qui est censé reposer sur le droit naturel. La violation de ce devoir est le

(10) L'ancienne classification fondamentale de la doctrine du droit pénal opposait aux *crimes* les *délits de police*. Le mot police avait ici le sens étendu propre à l'ancienne terminologie; il comprenait, par exemple, la poursuite des delits de finances sous le titre de police de finances. La doctrine du droit pénal sera forcée d'observer les délimitations modernes des notions de droit public; délit administratif est la désignation qui s'impose. Les auteurs du droit pénal ont l'habitude aujourd'hui de distinguer : l'atteinte portée à un bien ou *délit matériel*, et la pure désobéissance ou *délit formel* : *Binding*, Normen, I, p. 204; *Merkel*, Abhandl., I, p. 98; *v. Liszt*, Stf. R., p. 102. Cette dernière notion, qui comprend notamment le délit de police, est déterminée, pour ces auteurs, dans un sens essentiellement négatif, à savoir par le défaut du fond matériel qui caractérise le délit commun. Mais ce qu'ils ne voient pas, c'est aux auteurs de droit administratif à le montrer : le soi-disant délit formel a, lui aussi, son fondement matériel.

Digitized by Google

fondement éthique de la peine de police (11). La violation du devoir ne peut être punie que dans le cas où elle renferme une *faute* de l'individu. Il n'y a pas de peine de police sans faute ; sur ce point, elle est l'égale de la peine de droit commun Mais la faute consiste déjà dans la négligence mise par l'individu à faire le nécessaire pour remplir son devoir. Et ce qui, à cet égard, est exigé de lui est si étendu et si absolu, que, dans la marche régulière des choses, chaque fois qu'il aura fait son devoir, le résultat que poursuit son devoir sera atteint.

C'est pour cela qu'il suffira, en effet, du simple fait extérieur que le but du devoir n'est pas atteint, que le trouble n'a pas été évité, que ce qui était nécessaire

(11) *Rosenfeld*, dans le Bulletin de l'Union internat. de Dr. pén., combat ma définition comme équivoque et en même temps superflue : d'après lui, il suffira, pour caractériser la contravention de police, de relever « la possibilité d'un préjudice ou d'une menace dirigée contre un droit ». Cet auteur ne s'est pas rendu compte de l'importance pratique de la question. Peu importe que la formule soit plus ou moins précise ; l'essentiel est de reconnaître le grand principe du devoir général préexistant que la peine de police contribue à ramener à effet. — On ne doit pas dire que le fait contraire à la police ne peut pas être le fondement de la législation pénale en matière de police, puisqu'il n'entraîne pas toujours une punition, mais qu'il ne l'entraîne que dans le cas où une peine a été fixée positivement. En effet, il n'en est pas autrement du fondement éthique du droit pénal commun ; parmi les « atteintes aux biens juridiques », celles qui doivent être punies ont été également choisies par la volonté libre de la puissance publique : *Binding*, Normen, I, p. 205. — Notre notion du fait contraire à la police est remplacée, dans la doctrine du droit pénal, par des expressions différentes : *Haelschner*, Stf. R., I, p. 318 ; *Binding*, Normen, I, p. 407 ; *Rotering*, Fahrlässigkeit u. Unfallsgefahr, p. 94 ss. ; *Oppenhoff*, Stf. G. B., sur § 59, n. 9. En tout cas, ce n'est pas par la classification qu'on a faite dans le droit pénal commun, en délits par le résultat et délits par la mise en danger (*Erfolgs-und Gefährdungsdelikte*), violation d'un bien juridique et mise en danger d'un bien juridique, que nous arriverons à une délimitation convenable ; cette classification, en effet, peut servir à distinguer les délits de police entre eux. Il ne s'agit que de viser le véritable bien juridique : tapage nocturne, c'est un délit par la violation et par le résultat ; ne pas déclarer un étranger qu'on loge, c'est un délit de mise en danger ; brûler des feux d'artifice dans le voisinage de bâtiments (Stf. G. B., § 368, chiff. 7), c'est la mise en danger de ces derniers, mais il y a, en même temps, violation de la sûreté publique, et c'est sous ce dernier point de vue que la peine a été fixée.

Digitized by Google

pour l'empêcher n'a pas été fait, pour qu'il y ait violation punissable du devoir. C'est là ce qui donne à la peine de police l'impression d'une sévérité relativement grande par rapport au droit pénal commun.

Quelquefois, cela peut ressembler à une responsabilité de droit pénal encourue à raison de la faute commise par d'autres ; l'aubergiste est obligé de déclarer à la police l'hôte qu'il a reçu ; le maître doit déclarer le domestique qu'il a engagé ; il envoie son domestique avec la déclaration, et celui-ci oublie de faire la commission : le patron sera puni. On pourrait même parler directement d'une responsabilité du cas fortuit : la porte de la cour s'est ouverte, poussée par le vent, et le chien s'échappe dans la rue : le propriétaire est punissable pour avoir laissé errer son animal. On pourrait encore parler d'une peine pour défaut de force et d'adresse : le cheval du cavalier novice prend le mors aux dents ; le cavalier qui a fait son possible pour le retenir est puni pour être allé trop vite.

Ce sont des cas semblables, que l'on vise, quand on prétend que le délit de police ne suppose aucune faute, que les notions de *dolus* et de *culpa* sont indifférentes et que tout dépend uniquement du fait extérieur du devoir non accompli, de l'obligation inexécutée (12). Mais tout cela s'explique par ce que, dans tous les cas, il s'agit non pas d'une faute morale, d'une conduite faisant par elle-même preuve de mauvaise volonté, mais d'une *faute dans l'accomplissement d'un devoir préexistant*, devoir résultant du droit natu-

(12) En ce sens, les juristes français, ma Theorie d. Franz. V. R., p. 184 ss. Des tribunaux allemands ont aussi maintes fois établi cette maxime : *Loos* dans Holtzendorff, Stf. R. Zeitung, X, p. 323. Comp. sur ce point : *Haelschner*, Stf. R., I, 309, note 1 ; *Binding*, Normen, II, p. 215 ; *Weingart* dans Ger. Ztg. f. Sachsen, 1879, p. 161 ss. Les exemples sont, du reste, souvent tirés du délit fiscal, qui est cependant régi par des règles particulières.

Digitized by Google

rel et de la vie sociale. Pour remplir ce devoir, il faut manifester une certaine énergie qui garantit, dans chaque entreprise, la conduite conforme à la police ; il y a là non seulement une question de bonne volonté, mais aussi de capacité. Celui qui n'est pas capable de tenir en main ses serviteurs et ses aides, ne doit pas commencer une entreprise dans laquelle il aura à remplir, par ses gens, des devoirs envers la police. Celui qui ne peut pas tenir absolument fermée sa cour est déjà en faute par cela même qu'il laisse librement courir son animal dans cette cour ; celui qui n'est pas maître de son cheval est en faute vis-à-vis du bon ordre de la chose publique, dès qu'il monte en selle. C'est dans la possession d'une propriété, d'une usine, d'un animal, dans l'entreprise elle-même qu'on n'est pas en état de mener conformément à la police, que réside la faute qui rend punissable, dès qu'il en résulte effectivement un fait contraire à la police (13).

Si donc, le fait extérieur d'une conduite contraire à la police suffit pour constater la faute, il faut, pour échapper à la punition, faire la preuve contraire, au moyen de *causes spéciales propres à écarter la faute*. Mais si des causes de ce genre sont reconnues, cela démontre clairement que la peine de police suppose une faute.

Ces causes sont de deux sortes ; nous pouvons distinguer la justification et la disculpation.

(13) On sous-entend donc toujours quelque chose de positif, une manifestation de l'existence individuelle par la possession, la gestion, l'entreprise, l'action ; cela paraît avoir fait dire à *Haelschner*, Stf. R., I, p. 309, note 1, que la peine de police exige une « activité intentionnelle ». D'une intention au sens du droit pénal, il ne peut pas en être question. Si, par exemple, dans Bl. f. adm. Pr., 1887, p. 181, le fermier est puni parce que, après une averse, du purin s'est écoulé d'un autre immeuble sur le sien et de là sur la voie publique, cela n'implique certainement pas d'intention ; il est puni parce que, « négligeant le soin qui lui incombe, il a omis de prendre les mesures qui étaient à sa portée, pour prévenir l'écoulement du purin ». C'était la possession de la ferme qui lui imposait ce soin.

1) L'inculpé peut, contre la présomption, faire la preuve qu'il a cependant fait son devoir. Il s'agit de prouver l'existence d'une cause étrangère qui, malgré les efforts de l'inculpé, a amené le résultat contraire à la police.

Le cavalier est allé à une vitesse défendue ; mais le cheval avait été irrité par des pierres qu'on lui avait jetées. La lanterne qui devait éclairer les matériaux déposés dans la rue n'était pas allumée ; mais le vent l'avait éteinte.

La voiture allait à la descente sans que les freins fussent serrés; mais le frein s'était rompu au moment critique.

Notons qu'une fois la preuve faite d'une cause étrangère, tout n'est pas fini Le sujet a le devoir de prévoir et de combattre les effets de ces causes ; il a le devoir de se mettre en mesure de le faire : il fallait pouvoir retenir le cheval après quelques écarts inévitables, rallumer à temps la lanterne éteinte, éviter d'employer un frein défectueux. La preuve ne sera parfaite que s'il n'y a à adresser aucun reproche quant à l'accomplissement du devoir d'éviter effectivement le trouble.

A coup sûr, à l'impossible nul n'est tenu ; on ne peut pas exiger des efforts et des préparatifs hors de proportion avec le devoir à remplir. Il y a des limites à ce qui raisonnablement peut être considéré comme dû. Ces limites ne sont pas fixées d'une manière formelle : elles dépendent, elles-mêmes, du droit de la nature qui régit toute cette matière.

Il appartient au juge de les trouver en se laissant guider par les mœurs, par les usages et par l'opinion commune touchant ce que la société peut exiger de ses membres dans l'intérêt du bon ordre.

Cela sera toujours assez rigoureux ; mais si toutes ces exigences sont satisfaites, l'inculpé doit être

acquitté malgré le fait matériel contraire à la police : il n'y a pas alors violation du devoir ; la justification est faite (14).

2) La pénalité suppose encore que, dans la conduite illicite, se manifeste une *volonté malveillante*.

Pour la peine de police, cette preuve est suffisamment faite, quand il est constaté que l'on n'a pas manifesté l'énergie nécessaire pour remplir le devoir envers la police (15). Mais ici encore, la preuve contraire est possible : les causes exclusives de pénalité, établies par le droit pénal commun, s'appliquent à toutes les affaires pénales portées devant les tribunaux ordinaires. Il y a donc lieu d'invoquer aussi, pour les contraventions de police, les règles du Stf. G. B. relatives au défaut de discernement, à la légitime défense, à la haute nécessité, à la provocation, à l'erreur (16). Leur application, naturellement, doit s'adapter au caractère particulier du délit de police.

Cela s'entend tout spécialement de cette cause d'exclusion de pénalité, qu'est l'*erreur*.

Le droit pénal commun fait une différence entre les délits intentionnels et les délits commis par négligence ; dans ces derniers, l'erreur n'exclut la pénalité

(14) Il en est de même, en droit pénal commun, dans le délit commis par négligence. Si la preuve qui décharge est plus difficile pour le délit de police, c'est parce que les exigences quant à l'énergie à employer sont plus rigoureuses ; c'est aussi parce qu'on exige spécialement de se préparer et de se rendre capable. Dans le délit de négligence, cela n'a lieu qu'exceptionnellement, par exemple, dans le cas d'homicide par la violation du devoir professionnel du médecin : *Merkel*, Stf. R., p. 309, sur § 222, Stf. G. B. Le droit pénal, en matière de police, suppose, chez tous les citoyens, un devoir professionnel de faire preuve, dans tout ce qu'ils entreprennent, d'une énergie et d'une capacité suffisantes pour éviter des troubles du bon ordre.

(15) La loi pénale peut aussi supposer une faute accentuée, une infraction voulue et intentionnelle. En règle, cela n'entraîne qu'une aggravation de la peine ; la pénalité subsiste même sans cette qualification spéciale : *Edel*, Pol. Stf. G. B , p. 116 et 117. R. Nahrungsmittel-Ges. du 14 mai 1879, § 10 et 11, § 13 et 14 ; R. Rinderpest-Ges. du 21 mai 1878, § 1 et 3.

(16) *Haelschner* dans Gerichtssaal, XVIII, p. 321 ss.

que dans le cas où l'erreur est excusable, c'est-à-dire ne repose pas elle-même sur une négligence (Stf. G. B., § 56, al. 2). Dans le délit de police, par conséquent, l'erreur ne peut être invoquée qu'autant qu'elle n'est pas elle-même la suite d'une inobservation du droit envers la police. D'ailleurs, ce devoir exige chaque fois que l'individu s'arrange de manière à être en mesure de le remplir convenablement, en particulier de se tenir au courant de ce qu'il lui faut savoir à cet effet. Ce devoir est, à cet égard, aussi rigoureux que le « devoir professionnel spécial » du droit pénal commun. Dès lors, d'après les principes de la police, non seulement l'erreur n'excuse pas, quand elle repose sur une condition légère, insouciante et négligente, mais elle est inexcusable, dès qu'il ne tenait qu'à l'individu d'avoir la connaissance nécessaire.

Il était absent ; ou bien, il s'est mis, d'une autre manière, licite en elle-même, dans une situation qui lui rend difficile ou impossible la connaissance des faits qui nécessitent son activité, pour que son devoir soit rempli (17).

Il s'est fié à d'autres personnes qu'il a chargées de remplir le devoir qui lui incombe, et croit que tout est bien géré (18)

(17) O. Tr., 24 oct. 1861 : le propriétaire ne veut pas faire un procès à son locataire qui retient le logement sans droit et lui en défend l'accès ; les cheminées sont en mauvais état, sans qu'il le sache ; il en est responsable.

(18) R. G., 12 oct. 1880 (Samml. Stf. S., II, p. 327) : un jeune ouvrier avait été employé illégalement à l'insu du propriétaire de la fabrique ; ce dernier avait même expressément enjoint au contremaître de ne pas l'employer. Le tribunal, déclare le § 59, Stf. G. B. (l'erreur est une cause d'excuse) applicable, en principe, au délit de police ; mais, ici, l'ignorance du manufacturier présente elle-même une violation de ses devoirs. — O. L. G. Münich, 18 mai 1888 (*Reger*, IX, p. 96) : le propriétaire de la maison croyait, de bonne foi, que l'individu, qu'il avait engagé à cet effet, avait veillé au nettoyage du trottoir qui lui incombait ; cela ne le met pas à l'abri d'une punition. Comp. aussi O. L. G., Dresde, 29 déc. 1887 (Sächs : Ztschft f. Pr., X, p. 341) ; Kammer-Ger., 22 déc. 1881 (*Reger*, IV, p. 28), 3 fév. 1887 (*Reger*, IX, p. 25).

Il a omis de faire des investigations et recherches plus minutieuses, parce que les apparences n'éveillaient aucun soupçon (19).

L'erreur, dans ces cas, est toujours excusable moralement ; mais elle ne l'est pas au point de vue de la police ; le devoir envers la police exige même des choses extraordinaires ; celui qui laisse aller les choses comme on le fait dans la vie ordinaire, assume le risque de son ignorance, quant aux faits qui en résultent. L'énergie exigée de l'individu à cet égard ne laisse pas facilement ignorer les faits — c'est justement ce que l'on veut ; — on aboutit dès lors à ce résultat, qu'il ne peut y avoir erreur qu'autant que l'on peut relever une négligence quelconque ; par conséquent, l'erreur n'est pas excusable.

Sauf circonstances extraordinaires, l'erreur ne sera excusable que si la connaissance des faits suppose une instruction technique ou une organisation spéciale, qui ne sont pas censés être indispensables à un homme qui doit se conduire selon les exigences de la police (20).

(19) O. Tr., 5 févr. 1864 (cité par *Loos*, dans Stf. R. Zeitung, X, p. 327, qui s'en déclare scandalisé) : un individu est puni pour avoir engagé, sans l'autorisation de police prescrite, une domestique de nationalité étrangère, « quoiqu'il ait ignoré la nationalité de sa bonne ». Il faut que le patron se renseigne ; la bonne foi insouciante ne suffit pas. Toutefois, le tribunal va trop loin en alléguant que, pour condamner, « le fait dans son apparence extérieure » suffit. Si le patron s'était informé et si, malgré toutes les précautions prises, il avait été trompé, il aurait été certainement acquitté. — La même chose a été jugée au cas d'un commissionnaire, qui, sans le savoir, avait expédié de la poudre à feu. O. Tr., 16 juillet 1868 (*Oppenhoff*, R. Spr., IX, p. 458. — De même, la prescription du § 367, chiff. 7, Stf. G. B. concernant la mise en vente d'aliments nuisibles ou falsifiés a, maintes fois, donné l'occasion de discuter ces questions. « Par cette défense, déclare O. Tr., 15 déc. 1875 (*Oppenhoff*, R. Spr., XVI, p. 797), la loi a voulu obliger celui qui a l'intention de mettre en circulation des objets de ce genre, à mettre les soins exigés par les circonstances en vue de s'assurer de la sincérité et du bon état de la marchandise ». Dès lors, quand quelque chose laisse à désirer, le délit est consommé. — Dans le même sens s'expriment les motifs du projet de la loi d'Empire sur les aliments de 1874, p. 73.

(20) L'appréciation de ce qui, raisonnablement, peut être exigé à cet

Cela est surtout vrai de la faculté d'apprécier des questions de droit. La connaissance de la règle de droit dont dépend le devoir violé, et son intelligence sont, selon les principes généraux, rigoureusement supposés (21). Mais le caractère d'un fait d'être contraire à la police peut, selon les circonstances, dépendre de l'existence ou de la non-existence d'un certain rapport juridique, de la manière dont les règles de droit, des actes administratifs et d'autres faits juridiques ont produit leur effet dans le cas individuel. S'il y a erreur à cet égard, on admettra plus facilement qu'elle n'a pu être évitée par l'effort fait conformément au devoir. Le résultat — et à première vue, cela pourrait sembler assez étrange — est que, parmi les cas dans lesquels la jurisprudence reconnaît l'erreur comme une cause exclusive de la pénalité, l'appréciation erronée d'un rapport juridique joue un rôle considérable (22).

égard, peut varier selon le temps et selon les circonstances. Kammer-Ger., 2 dec. 1884 (*Reger*, VI, p. 258) a estimé qu'on ne peut pas obliger le vendeur à procéder à un examen microscopique de la viande de porc, en vue de s'assurer qu'elle n'était pas atteinte de trichine. Mais si des arrangements generaux sont pris pour faciliter cet examen, cette appréciation changera. — L'exposé des motifs du projet de loi sur les aliments de 1874, p. 25, déclare excusé celui qui « s'est efforcé convenablement de s'instruire ». Un effort est toujours supposé.

(21) Il y a une exception dans Bayr. Pol. Strf. G. B., 1861, art. 21. — Quand la pénalité suppose l'intention, la pénalité, du moins, peut être exclue par l'interprétation erronée des prescriptions : R. G., 19 avril 1888 — Très instructifs surtout sont les cas où l'erreur de droit est née avec le concours de l'autorité. O. L. G. Munich, 15 juin 1888 (Samml. V, p. 116) et *Loos* dans Stf. R. Zeitung, X, p. 327, s'occupent de cas dans lesquels des explications officielles erronées sur le droit existant n'excusent pas. O. Tr., 6 mai 1879, au contraire, parle, dans un cas analogue, d'un « rescrit qui couvre en toute occurrence ». Il est évident qu'il est plus conforme aux principes du régime du droit, que le sujet supporte lui-même la responsabilité de la manière dont il comprend la loi ; la confiance patriarcale dans l'opinion des autorités ne peut pas le décharger.

(22) Tels sont tous les cas de délits de police dans lesquels *Loos*, Stf. R. Zeitung, X, p. 327, voudrait voir une inconséquence de l'Ober-Tribunal prussien ; celui-ci, d'après *Loos*, aurait abandonné son principe purement matériel. — O. Tr., 1er mars 1866 : l'inculpé a cru, de

bonne foi, avoir acquis un droit de chasse ; O. Tr., 13 juin 1867 : on a cru, par erreur, n'être pas tenu d'entretenir le chemin public. Dans les deux cas, l'erreur excuse. *Haelschner*, Stf. R., I, p. 319, note 1, cite avec raison comme exemples principaux de l'efficacité de l'erreur les cas dans lesquels le délit de police suppose « un fait non autorisé ». On trouvera d'autres exemples dans O. L. G. Münich, 13 février 1880 (*Reger*, I, p. 336) ; 17 février 1883 (*Reger*, IV, p. 190) ; R. G., 3 mars 1884. Tel est aussi le cas de la permission de police non valable, cité § 21 note 27 ci-dessus, où le Tribunal de l'Empire a acquitté pour cause d'erreur. Il s'agit non pas d'une explication erronée de la loi, donnée par l'autorité à l'inculpé (cela ne lui servirait à rien ; comp. note 21 ci-dessus), mais d'un rapport juridique spécial qui a dû être créé par l'autorité en vertu de la loi ; ici, l'erreur est excusable.

---

§ 23

La contrainte de police ; l'exécution par contrainte

Nous entendons par contrainte de police *l'application des moyens de force appartenant à l'autorité en vue d'assurer l'exécution du devoir qui existe envers la police.* Vis-à-vis du sujet, la puissance publique est armée de ces moyens d'une manière illimitée. Quant à savoir comment il lui est permis, selon le droit, d'en faire usage, c'est ce qui se détermine par l'organisation de l'Etat constitutionnel régi par le droit.

Il y a des circonstances dans lesquelles la force irrésistible de la puissance publique est dirigée, sans aucun intermédiaire, contre le fait contraire à la police ; c'est la *contrainte directe*, dont nous traiterons au § 24 ci-dessous.

A côté de la contrainte directe, on a organisé, d'après les idées fondamentales du régime du droit, une *exécution par contrainte de police*, qui suit le plus possible les formes de la procédure civile.

L'exécution par contrainte de police, c'est *la procédure réglée en vue d'obtenir l'exécution d'un ordre de police auquel on n'a pas obéi* (1). L'ordre de police est,

(1) La différence fondamentale entre l'exécution par contrainte et la contrainte directe n'est pas observée par nos auteurs, comme elle le mérite. *Foerstemann*, Pol. R., p. 393, la laisse deviner en quelque sorte, quand il parle de la première comme du « pouvoir d'exécuter proprement dit qui appartient à la police » et lui oppose la contrainte de la police « pour son autre activité ». *G. Meyer*, dans Wörterbuch, II, p. 800, remarque avec raison que les formes de cette contrainte s'appliquent aussi dans des sphères de l'administration autres que la

Digitized by Google

pour elle, ce que le jugement est pour l'exécution de la procédure civile. C'est donc nécessairement un ordre *individuel*.

S'agit-il d'exécuter par contrainte un ordre contenu dans une règle de droit, le passage à cette procédure se fait au moyen d'un ordre individuel déclarant spécialement et prononçant pour le sujet cette obligation (2).

L'ordre de police n'est pas, par lui-même, pas plus que le jugement civil, la détermination des moyens de contrainte à appliquer ni l'injonction de les employer. Il dit simplement ce qui doit être ; il représente le *titre exécutoire* ; l'exécution par contrainte s'y attache pour lui prêter main-forte par ses différents moyens. Des prescriptions préliminaires et introductives d'exécution peuvent déjà être jointes extérieurement à l'ordre comme au jugement.

Les *moyens* d'exécution ont été partout réglés par des lois récentes. Ils sont, en principe, identiques à ceux prévus dans le C. pr. O. § 887 ss. pour obtenir la réalisation de l'obligation de faire ou de ne pas faire.

Pour bien comprendre ces prescriptions légales et surtout pour combler leurs lacunes, il est nécessaire de se rendre compte des idées fondamentales qui doivent présider à cette exécution et qui la distinguent de l'exécution de la procédure civile.

La police, c'est-à-dire l'autorité administrative,

police. On peut donc se servir avec lui de l'expression plus générale de « procédure de contrainte administrative » (*Verwaltungszwangsverfahren*). Mais en définissant cette contrainte comme « l'exécution des ordres et dispositions des autorités administratives ainsi que des tribunaux administratifs », il ne comprend que l'exécution par contrainte ; il oublie la contrainte directe.

(2) *Foerstemann*, Pol. R., p. 401 : « Toute exécution de police dépend de l'existence d'un rescrit de police ou d'une disposition de police. Trop vague est le Bad. Pol. Stf. G. B., § 31 ; mais encore ici, un ordre individuel, une prescription « *in concreto* » est tacitement supposée : *Binguer et Eisenlohr*, Bad. Stf. R., p. 192.

n'est pas une partie qui invoque le secours du tribunal et de ses agents d'exécution. L'ordre de police n'est pas la mise en demeure qu'un particulier adresse à son débiteur; c'est un acte d'autorité. Il est de sa nature qu'il doive être exécuté par contrainte; l'autorité peut le ramener à effet par son propre pouvoir au moyen des auxiliaires qui sont à sa disposition. La contrainte et la force, en tant qu'elles se sont exercées uniquement avec cet effet, n'ont pas besoin d'un nouveau fondement légal. La question de ce fondement est déjà vidée par le fait que l'ordre — dont la contrainte n'est que la conséquence — est valable. De même, toutes les décisions et constatations qui se tiennent dans *ligne directe de la continuation de l'ordre* sont, par cela même, valables et efficaces. Il se peut que des prescriptions expresses de la loi les règlent et les restreignent. Il n'y a rien de juridiquement nécessaire à cet égard.

Un fondement légal nouveau ne devient nécessaire que dans le cas où il s'agit d'imposer à l'individu, comme suite de sa désobéissance, quelque chose de *plus* ou *différent* de ce qui est contenu dans son obligation d'obéir, notamment dans le cas où la contrainte affecte le caractère d'une *punition*. Mais l'exécution par contrainte ne peut pas arriver à un résultat sans ces additions; dès lors, la question du fondement légal acquiert une importance considérable.

Fixer la ligne de séparation entre ce qui, en matière d'exécution, va de soi, et ce qui dépend de la loi, est une des tâches les plus essentielles de ceux qui étudient l'exécution par contrainte en matière de police (3).

(3) *Gneist*, dans *Holtzendorff* Rechtslexikon, III, 2, p. 1106 ss., n'accepte pas cette distinction. Pour lui, le pouvoir de contraindre appartient aux autorités en vertu de la tradition historique. Mais on ne peut pas ainsi faire abstraction de la transformation de toutes les bases juridiques qu'a dû amener l'Etat constitutionnel régi par le droit.

Digitized by Google

I. — *La peine coercitive est un mal à infliger au sujet, mal dont l'application est à la disposition de l'autorité en vue d'obtenir l'obéissance à un ordre individuel, émis par elle.* C'est une *peine*, en ce qu'elle répond à la notion générale d'un mal infligé par l'autorité à raison d'une conduite répréhensible; ici la conduite répréhensible consiste toujours dans la désobéissance à un ordre individuel (4).

Mais elle frappe la désobéissance, non pas comme la peine de police, parce qu'elle a eu lieu, mais afin qu'elle ne continue pas ; elle n'a pas pour but général de faire expier, d'enseigner le devoir violé ; elle vise exclusivement l'accomplissement du devoir violé dans le cas donné. C'est un *moyen de contrainte* (5).

De ce caractère de moyen de contrainte résultent les règles particulières qui la régissent dans tous les détails ; elle se distingue par là de toutes les autres sortes de peines. Ce n'est pas une peine, en particulier au sens du Code pénal de l'Empire.

Il n'y a pas à appliquer les prescriptions des §§ 5 et 6

Anschütz, dans Verw. Arch., I, p. 385 ss., fait très bien ressortir les différentes étapes de l'histoire de la contrainte administrative en Prusse.

(4) C'est pour cela qu'on l'appelle aussi : peine de désobéissance (*Ungehorsamsstrafe*). On la désigne aussi sous le nom de peine d'ordre (*Ordnungsstrafe*). Mais, sous ce nom, on comprend encore d'autres choses : des peines disciplinaires (Comp., t. IV, § 45, II, ci-dessous), des peines pour désordre commis à une audience judiciaire (G. V. G., § 179 ; *Schicker*, Württ. Pol. Stf. B., p. 80), certaines peines fiscales (Comp., § 31 ci-dessous).

(5) *Anschütz* dans Verw. Arch., I, p. 455. *Loening* n'est pas d'accord avec la législation qui, d'après lui, sous l'influence de la fausse théorie qui considère la peine coercitive comme un moyen de contrainte, fait à cette peine un traitement tout différent de la peine criminelle, tandis qu'elle n'en diffère que par la menace spéciale contenue dans une disposition de l'autorité. Mais il nous semble qu'il y a déjà là une différence très considérable. — *G. Meyer*, dans Wörterbuch, II, p. 801, voit la particularité de la peine coercitive dans ce qu'elle est « fixée à une époque où l'on ne sait pas encore s'il y aura contravention ou non ». Par la fixation, la menace est entendue ici ; mais la menace par la règle de droit n'est-elle pas en présence de la même incertitude ? — Erronée est l'opinion de *Schulze*, Preuss. Staatsrecht, II, p. 219.

E. G. z. Stf. G. B., qui restreignent les peines à fixer par des lois particulières selon la qualité et l'étendue du moyen de contrainte (6).

1) La peine coercitive a besoin d'un *fondement légal propre*. Celui sur lequel repose l'ordre ne lui suffit pas. En effet, tout en servant à l'ordre et à son exécution, la peine coercitive agit de manière à imposer au sujet une charge qui n'est pas comprise dans l'ordre lui-même. Cette autre chose au moyen de laquelle la peine coercitive pousse à obéir à l'ordre, est une nouvelle atteinte à la liberté et à la propriété ; sans doute, cette atteinte est provoquée par la désobéissance ; mais, d'après les principes de l'Etat constitutionnel, elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation de la loi. Qu'elle ait été usitée de tout temps, qu'on l'ait considérée de bonne heure comme un instrument indispensable des pouvoirs des autorités supérieures, cela n'y peut rien changer. L'Etat sous le régime de la police n'a pas créé, en pareille matière, de droit coutumier ; il n'a pas laissé subsister le droit qui pourrait avoir existé auparavant. Il n'y aurait là qu'une prescription générale émise par lui et susceptible d'être adoptée comme une loi dans le sens moderne (comp., t. I, § 10, n° 1 ci-dessus), loi qui, aujourd'hui encore, pourrait remplacer le fondement nécessaire.

Mais la tradition historique a exercé son influence sur la législation moderne pour lui faire accepter la peine coercitive d'une manière très étendue. En principe, on a placé la peine coercitive à côté de tout

(6) Cela n'a d'importance que dans le cas où le droit particulier n'observe pas, lui-même, ces limites ; par exemple, un droit qui ne fixe pas de limite pour la peine coercitive, comme le droit de la Saxe ; *Schwarze*, Sächs. Gerchtszeitung, XV, p. 165. — Inutile de dire qu'il ne peut pas être question d'appliquer à ces « affaires criminelles » les règles de la Stf. Pr O., et du G. V. G. ; *Thilo*, Stf. Pr. O., p. 552. Mais il ne faut pas, pour cela, les qualifier d'« affaires disciplinaires dans le sens large », comme le fait *Schicker*, Württemb., Pol. Stf. R., p. 84, note I. Il y a là tout autre chose.

Digitized by Google

ordre légitime des autorités de police. En fait, sa sphère d'application ne peut être délimitée que négativement : la peine coercitive est admise dans tous les cas où elle n'a pas été exclue expressément ou par une organisation différente de la contrainte (7).

La loi détermine les peines selon leur nature, le plus souvent comme des *amendes*, en fixant un *maximum* (8). Ces amendes ne sont pas, en cas d'insolvabilité, transformées d'elles-mêmes, selon les prescriptions du Code pénal, en un emprisonnement proportionné ; cette substitution n'a lieu que dans le cas où la loi l'a admis expressément (9).

Le fait que le pouvoir d'édicter des peines coercitives était considéré autrefois comme un attribut de la fonction même a laissé sa trace en ce que l'importance de la peine à infliger dépend du rang que l'autorité qui s'en sert occupe dans la hiérarchie de l'organisation administrative : l'autorité inférieure, pour maintenir ses ordres, dispose d'une peine moindre que l'autorité supérieure (10).

(7) Preuss. L. V. G., § 132 ; Württemb. Ges., 12 août 1879, art. 2 ; Bad. Pol. Stf. G., art. 31 ; Hess. V. Ges., 1874, art. 80. Restrictif est le Bayr. Pol. Stf. G. B., art. 21 ; comp. la note 17, ci-dessous. Les députés du Palatinat, dans la Chambre bavaroise, ont autrefois vivement combattu, au point de vue de leur droit provincial, l'admission de la peine coercitive dans l'E. G. Z. Stf. G. B., 1861, art. 28 (*Risch* dans Dollmann, Bayr. Gesetzgebung, III III, p. 146). Ce droit provincial était le droit français qui, depuis la Révolution, avait éliminé la peine coercitive. La prescription de l'art. 471, § 15 du Code pénal, que *Lœning*, V. R., p. 252, cite parmi les lois sur la peine coercitive, contient une simple peine de police.

(8) Excepté Württemb. Ges., 27 décembre 1871, article 2 : amende *ou* détention. La peine coercitive a, dans cette loi, beaucoup de particularités qui la rapprochent de la peine de police. D'après le droit de la Saxe, les autorités peuvent menacer de « peines convenables », sans qu'il y ait de règles sur la qualité et l'étendue ; *Leuthold*, Sächs V. A., p. 376.

(9) En ce sens, *Bingner et Eisenlohr*, Bad. Stf. R., p. 194.

(10) *G. Meyer* dans Wörterbuch, II, p. 800, 801 donne un résumé de cette législation. Une exception dans le droit récent de Württemberg d'après la loi du 12 août 1879, art. 2 : peu importe celui qui a émis l'ordre ; on considère celui qui prononce la peine : l'autorité supérieure peut frapper la désobéissance à un ordre de l'autorité inférieure d'une peine plus sévère que cette dernière ne pourrait le faire.

2) La peine coercitive est destinée à servir de moyen de contrainte pour vaincre la désobéissance à l'ordre de l'autorité. Elle est donc, pour atteindre ce but, à la *libre disposition* de l'autorité ; telle est la différence avec la peine de police. Toute la procédure est dominée par cette idée.

La peine n'est pas *édictée* à la manière de la règle de droit, une fois pour toutes, pour frapper les cas de désobéissance contre les ordres de l'autorité. L'autorité doit apprécier elle-même si, dans le cas individuel, elle veut armer son ordre de ce moyen de contrainte (11). Par un acte administratif, elle édicte alors la peine pour le cas de désobéissance. Elle peut ajouter cet acte immédiatement à son ordre. Elle peut aussi l'accomplir à part, renvoyer à cet ordre ou le réitérer. Dans tous les cas, cette disposition doit être notifiée d'après les règles de l'ordre de police. Cependant, nous rencontrons ici, de préférence, des prescriptions de formes, qui, autrement, sont si rares ; en particulier, la signification par écrit est souvent prescrite par la loi.

La menace notifiée fait naître pour celui auquel elle s'adresse, un état juridique de *pénalité conditionnelle* ; s'agit-il d'une défense, la condition est simplement l'inobservation de la défense ; s'agit-il d'un commandement, la condition est l'inobservation dans un délai déterminé qui résulte de la nature des choses ou qui est fixé expressément.

Quand la désobéissance se produit de l'une ou de l'autre manière, la pénalité conditionnelle devient effective : l'autorité a le pouvoir de *prononcer* la peine.

(11) Ce n'est qu'en Württemberg, loi du 12 août 1877, que la menace d'une peine prévue par la loi est toujours censée être jointe tacitement à l'ordre. Cependant, en pratique, quand on a l'intention de se servir du moyen de contrainte, il est d'usage d'avertir, donc de menacer de la peine. *Schicker*, Württemb. Pol. Stf. R., p. 78.

Digitized by Google

Pour qu'il y ait désobéissance, il ne suffit pas d'une contradiction extérieure avec l'ordre ; ici, comme dans toute peine, on suppose une *faute*. Pour savoir s'il y a faute, on appliquera les mêmes principes que ceux qui régissent la peine de police : des causes de justification et de disculpâtion (comp., § 22, III, n° 1 et 2 ci-dessus) sont admises ici de la même manière (12).

Mais la nature de cette peine, qui est d'être un moyen de contrainte, se fait encore sentir dans son application même, et cela de deux manières.

D'abord, l'application de la peine est à la disposition de l'autorité. La peine n'est pas encourue par le seul fait de la désobéissance, comme la peine de droit commun ou la peine de police, de telle sorte que l'autorité serait tenue, selon les principes du pouvoir exécutif, de prononcer ce qui maintenant est de droit conformément à la menace faite. Au contraire, l'autorité est libre d'apprécier si elle juge opportun d'user de la contrainte. En fait, il est bon que l'autorité ne s'expose pas à avoir l'air de faire de vaines menaces ; si donc la menace n'a pas eu d'effet, en règle, la peine sera prononcée. Et la peine appliquée aura aussi la gravité indiquée dans la menace. Mais l'autorité peut avoir changé d'avis ; elle peut ne plus attacher aucune valeur à la réalisation de son ordre ; ou bien d'autres chemins sont ouverts devant elle pour atteindre le but ;

(12) C'est l'autorité même qui émet l'ordre et qui menace de la peine coercitive, qui prononce la peine ; le contrôle de la validité de l'ordre, qui s'exerce si rigoureusement lorsqu'il s'agit de statuer sur la peine de police (Comp , § 20, III, n. 1 ci-dessus), n'existe donc pas ici. Il en serait autrement d'après la loi de la Hesse du 12 juin 1874, art. 80 ; cette loi fait prononcer par le tribunal ordinaire la peine coercitive, dont l'autorité administrative a formulé la menace. Mais ici, il est déclaré expressément que le tribunal aura à prononcer la peine toutes les fois que « l'on constatera une notification suffisante de l'ordre de police à la personne dénoncée et la contravention ». Ainsi, le contrôle du tribunal est encore restreint à la question de savoir s'il y a ordre de police, c'est-à-dire ordre émis par une autorité de police dans sa compétence générale. Cela suffit pour assurer l'indépendance de l'exécution par contrainte de police.

elle peut alors renoncer complètement à infliger une peine. Elle peut aussi espérer arriver au but avec une pression moindre ; dans ce cas, elle prononcera une peine inférieure à celle dont elle avait formulé la menace, et réservera le reste (13).

Toutefois, même la condition une fois remplie, et, par suite, malgré la désobéissance manifeste, la peine ne *peut* plus être prononcée, lorsque, avant que la peine ait été prononcée, *son but*, *comme moyen de contrainte*, *disparaît*. Peut-être la prestation due a-t-elle été effectuée après coup, alors que le délai était écoulé et que la peine, d'après les principes du droit pénal pur, était définitivement encourue : la peine coercitive, dans ce cas, n'est plus à sa place, elle ne doit pas être prononcée. Il en serait de même, si l'accomplissement de l'obligation ordonnée est devenu impossible ; il n'y a plus alors rien à quoi l'on puisse contraindre ; avec son but, la peine coercitive perd son pouvoir. Il faut donc s'abstenir de la prononcer (14).

La peine *une fois prononcée* crée pour le condamné une situation juridique nouvelle qui n'est plus à la libre disposition de l'autorité ; celle-ci n'a pas le droit de faire grâce. L'amende fait l'objet d'un droit correspondant du fisc, auquel l'autorité ne peut pas renoncer ; l'amende est exigée dans les formes de la contrainte fiscale. L'emprisonnement, au cas où il aurait

(13) La libre disposition de l'autorité administrative quant à la peine à prononcer est admise même dans les législations qui rapprochent la peine coercitive de la peine de police. Württemb. Ges., 12 août 1879, quoique considérant la menace de la peine comme toujours sous-entendue, déclare dans son article 2 : « la désobéissance... *pourra* être punie ». Hess. Ges., 12 juin 1874, qui fait prononcer la peine coercitive par le tribunal, fait cependant dépendre la poursuite d'une demande de l'autorité administrative et, par conséquent, de la libre appréciation de cette dernière.

(14) En ce sens O. V. G., 31 janvier 1877, 9 juin 1877, 20 juin 1880. *Neukamp* dans Verw. Arch., III, p. 72, note 61. Il en est autrement en droit württemb. : la peine est encourue comme la peine de police ; *Schicker*, Württ. Pol. Stf. R., p. 77, note 2.

Digitized by Google

été prononcé, entre dans les formes ordinaires de l'exécution de la peine.

Quant à l'affaire de police elle-même, elle peut continuer malgré la peine prononcée et exécutée : le fait contraire à la police subsiste, le condamné reste toujours réfractaire. Dès lors, la peine, à raison de sa nature de moyen de contrainte, est encore à la disposition de l'autorité. Peu importe que le fait, auquel elle s'attache, soit le même que celui qui a déjà fait l'objet d'une condamnation ; la maxime *non bis in idem* n'existe pas pour elle. La menace de la peine peut être adressée *à nouveau* pour le même ordre et à raison de la même désobéissance qui ne fait que continuer. La menace nouvelle est faite dans l'acte même qui prononce la première peine, ou bien elle est formulée ultérieurement dans un acte séparé. Il est contraire au but et, par conséquent, impossible de laisser s'accumuler les menaces et de réunir à la fin toutes les peines à prononcer dans un seul acte. En effet, la notification de la peine édictée doit, chaque fois, augmenter la force de la nouvelle menace ; la prononciation de la peine est, comme nous l'avons vu, considérée elle-même comme un moyen de vaincre la désobéissance; c'est en ce sens qu'il faut en faire usage (15).

La réitération de la menace et de la prononciation de la peine peut continuer aussi longtemps que le but

(15) O. V. G., 10 juin 1880 (Samml., VII, p. 341) : prononcer la peine coercitive, c'est, en soi, « un moyen de contrainte pour forcer celui contre lequel ce moyen est dirigé, d'obéir, et pour atteindre ainsi un but déterminé ». Il faut que la première menace soit arrivée à son terme par la prononciation de la peine ; alors seulement, on pourra procéder à une nouvelle menace : Bayr. Pol. Stf. G. B., art. 21, al. 3. Mais il n'est pas nécessaire que l'acte qui inflige la peine soit devenu inattaquable : O. V. G., 11 décembre 1880 (Samml., VII, p. 388), décision, dans laquelle *Parey*, Rechtsgrundsätze, p. 367, n. 4, veut trouver la maxime contraire. Il en est autrement, quand, à l'avance, la menace de la peine a été adressée pour chaque cas individuel de contravention ; ici, plusieurs peines peuvent en définitive être additionnées et infligées par un seul et même acte : O. V. G., 25 octobre 1886. Comp. aussi *Anschütz* dans Verw. Arch., I, p. 455.

n'est pas atteint, et tant que le maximum de la peine, qui est à la disposition de l'autorité, n'est pas dépassé.

A cet égard, tout dépend de la manière dont la loi a voulu fixer le maximum : ce maximum peut concerner chaque cas de menace ; la réitération est alors illimitée ; il peut aussi signifier la somme que la totalité des peines prononcées à l'occasion de la désobéissance ne doit pas excéder ; il faut alors que l'autorité s'y conforme ; en règle, elle n'ira pas tout de suite jusqu'à la dernière limite ; elle se réservera la possibilité d'une pression ultérieure (16).

3) La peine coercitive rencontre encore une limite spéciale dans le *concours avec une peine dont la menace est édictée par une règle de droit.*

Elle n'est pas soumise, par elle-même, à la règle *non bis in idem*. Elle n'empêcherait pas, une fois qu'elle aurait été prononcée et exécutée, l'application de la peine conforme à la règle de droit. Mais elle est exclue lorsque, pour le fait qu'elle doit frapper, la menace d'une peine est édictée par une règle de droit.

Cette dernière théorie, qui forme donc l'exception, s'explique par les principes généraux relatifs à la force obligatoire de la règle de droit vis-à-vis du pouvoir exécutif (Comp., t. I, § 7, ci-dessus). Ces principes produisent ici leur effet dans l'ordre d'idées que nous avons rencontré dans la permission de police (Comp., § 21, II, n° 2 ci-dessus). Dès que la règle de droit a fixé une peine pour un certain fait, elle s'est emparée

(16) En ce sens le droit badois : *Bingner* et *Eisenlohr*, Bad. Stf. R., p. 194. Par contre, la limite indiquée dans Preuss. L. V. Ges., § 132, ne concerne que « chaque acte de punition séparément » : O. V. G., 11 decembre 1880 (Samml., VII, p. 383). Bayr. E. G. Z. Stf. G. B., 1861, art. 28, n'avait nullement prévu une réitération de la peine coercitive ; aujourd'hui, Pol. Stf. G. B., 1871, art. 21, al. 3 l'admet sans limiter la totalité des peines.

Digitized by Google

de la matière ; le pouvoir exécutif ne peut infliger de peine que selon les prescriptions de la loi. La peine coercitive, étant une peine malgré sa nature particulière, se trouve exclue par la règle de droit.

Dès lors, ce moyen de contrainte ne peut pas être employé pour amener une conduite contraire à celle que la loi frappe d'une peine ; en particulier, il ne peut l'être, quand il servirait à augmenter une peine de police.

La tentation est grande dans ce dernier cas. Dans cette hypothèse, en effet, il s'agit toujours d'un fait contraire à la police, fait que, sans cela, l'autorité serait peut-être appelée à combattre par ordre et contrainte. Toutefois, cette limite est généralement reconnue ; quand la loi ne la fixe pas expressément, la jurisprudence la fait découler de la nature même des choses (17).

Mais, pour bien déterminer la portée de notre maxime, il faut distinguer.

La peine coercitive est absolument écartée quand

(17) *G. Meyer* dans Wörterb., II, p. 801 ; *Bingner* et *Eisenlohr*, Bad. Stf. R., p. 193 ; *Schicker*, Württemb. Pol. Stf. R., I, p. 78 ; surtout O. V. S., 9 avril 1879 (Samml., VII, p. 278 ss.) et 12 février 1887 (Samml., VII, p. 215 ss.). Même dans le droit de police de la Saxe, cette limite, du moins, est reconnue : Ordonnance du ministre de l'intérieur, 24 sept. 1855 (Sächs. Ztschft f. Pr., VI, p. 320). La véritable explication de la maxime se laisse entrevoir dans *Anschütz* dans Verw. Arch., I, p. 457. *Rosin*, Pol. Verord., p. 107 ss., la donne maintenant très exactement ; dans la 1re édition, p. 65 ss., il s'était créé lui-même des difficultés : il appuyait trop sur le caractère de contrainte qu'il revendiquait aussi pour la peine de police (« *psychologischer Erfüllungszwang* ») ; cela aurait exclu les autres moyens de contrainte aussi bien que la peine coercitive. C'est à raison de son caractère de peine — qu'elle partage avec le contenu de la règle de droit — qu'elle cède à la concurrence de cette dernière. Bayr. Pol. Stf. G. R., art. 21 et 22 n'admet la peine coercitive que pour l'exécution de lois (et d'ordonnances) dont l'inobservation n'est pas déjà soumise à une peine fixée par une règle de droit. Cela rend déjà le concours impossible. Il est vrai que l'autorité de police bavaroise devra quelquefois se contenter de la peine de police, sans pouvoir atteindre l'accomplissement de ce qui avait été exigé au nom de la police : Bayr. Ob. G. H., 30 septembre 1867 (*Stenglein*, Ztschft, IV, p. 26). Mais, en réalité, cela n'est pas aussi néfaste qu'il pourrait le sembler au zèle des fonctionnaires de la police.

Digitized by Google

il s'agit d'empêcher la *naissance* du fait contraire à la police, fait qui serait en même temps le délit (18).

Elle ne peut pas non plus être employée pour empêcher la *réitération* ou la *continuation* du délit. Ou bien le fait tombe sous une nouvelle peine de police, et alors la maxime s'applique aussi de nouveau. Ou bien la loi n'a pas admis une réitération de la peine, mais a voulu se contenter de cette punition unique, et alors il serait encore contraire à sa volonté de frapper ce même fait d'une nouvelle peine à titre de contrainte (19).

La peine coercitive ne peut s'attacher qu'à des faits qui *ne constituent pas en eux-mêmes le délit*, quoiqu'ils lui soient connexes. Il peut s'agir de faits propres à préparer ou à faciliter le délit, ou bien de faits concernant ses suites matérielles. C'est surtout ce dernier cas qui offre une grande importance pratique. Le délit a laissé des traces ; il a créé un état de choses qui présente un trouble du bon ordre, tout en n'étant pas par lui-même le délit, ni sa continuation. Ce trouble doit faire l'objet de l'activité de la police en vue de l'écarter ; si la police procède contre ce trouble par la voie de l'ordre et de la contrainte, elle peut user de la peine coercitive. Elle frappe alors des faits dont la règle de droit ne s'est pas réservé la solution (20).

(18) *Rosin*, Pol. Verord., pp. 107, 112 ; O. V. G., 12 avril 1878 : une ordonnance de police pénale défend d'organiser des bals publics sans permission ; l'autorité apprend qu'un aubergiste auquel elle avait refusé la permission veut faire danser ; elle le lui intredit sous une peine coercitive. Cela est déclaré inadmissible.

(19) *Neukamp*, dans Verw. Arch., III, p. 30. En sens contraire, *Rosin*, Pol. Verord., p. 118 ss. Quand il s'agit de l'omission d'un fait exigé dans l'intérêt de la police, *Rosin*, *loc. cit.*, note 13, évite l'incompatibilité des deux peines en coupant cette omission en deux et en attribuant à chacune sa part séparée : il y a l'omission dans le délai voulu, laquelle est frappée par la peine de police, et l'omission qui se produit encore après coup, laquelle peut faire l'objet d'une peine coercitive. Mais n'est-ce pas un moyen d'éluder toute la maxime ?

(20) La démolition de constructions faites illicitement fournit les exemples principaux : *Rosin*, Pol. Verord., p. 116 : *Schicker*, Württemb-

II. — Le droit allemand, en matière de procédure civile, offre une forme spéciale d'exécution pour le cas où il s'agit de contraindre quelqu'un à l'accomplissement d'un fait qui peut être accompli à sa place par un tiers : le créancier sera autorisé par le tribunal à faire *exécuter l'obligation aux frais du débiteur* : C. Pr. O., § 887.

Transporté dans la procédure d'exécution en matière de police, cela prend la forme d'un pouvoir accordé à l'autorité de réaliser elle-même son ordre lorsqu'il vise un fait analogue.

Cette *contrainte par substitution* est réglée comme suit :

1) La contrainte par substitution *n'a pas besoin de fondement légal propre.* A la différence de la peine coercitive, elle n'impose pas de charge nouvelle pour pousser indirectement à l'accomplissement de l'obligation ; elle se borne à réaliser ce qui, en vertu de l'ordre donné, est déjà dû. Elle ne fait qu'adapter l'obligation aux nécessités de la contrainte : à la place du simple fait, tel qu'il devrait être accompli volontairement, elle met la contrainte de supporter le fait d'un autre et de rembourser les frais. Que cette exécution soit plus incommode et plus désavantageuse que l'accomplissement volontaire, c'est un résultat conforme à la nature de la contrainte en général ; mais la faculté

Pol. Stf. R., pp. 78, 79. Au cas d'une industrie frappée par la loi pénale, il s'agira du matériel qui reste, de l'enseigne, etc., pouvant faciliter la réitération du délit : O. V. G., 9 avril 1879 (Samml., V. p. 289 ss.). O. V. G., 6 juin 1885 (M. Bl. d. I., 1885, p. 151) : Une société coopérative émet des jetons semblables aux pièces de 50 pf., ce qui est défendu par une ordonnance de police pénale. La direction de police ordonne aux membres du comité de retirer les jetons dans les 14 jours, sous peine coercitive. C'est une obligation nouvelle, dont l'inobservation n'est pas frappée par la règle de droit pénale. La poursuite devant le tribunal pénal aboutit à un acquittement, la procédure de l'exécution par contrainte, au moyen de la peine coercitive, poursuivait sa route à part.

d'opérer la transformation en contrainte est contenue de plein droit dans l'ordre d'autorité.

La législation moderne s'est emparée de ce moyen de contrainte ; elle en a surtout réglé la procédure.

En tant qu'elle ne l'a pas restreint spécialement, ce moyen est libre naturellement, même sans une loi (21).

Il faudra donc qu'il s'agisse d'un fait commandé, qui puisse être accompli par un tiers à la place du

(21) Bayr. Pol. Stf. G. B., qui est avare, nous l'avons vu, de la peine coercitive, distingue aussi, dans ses articles 16, 20 et 21, alinéa 4 : l'état de choses créé par un fait punissable ne peut être changé par l'exécution par substitution qu'à la suite d'une condamnation en justice ; l'exécution par substitution, pour des choses qui ont été imposées par la loi en fixation d'une peine, peut être ordonnée comme mesure provisoire ; mais le remboursement des frais n'a lieu qu'au cas de condamnation à la peine qui sera ensuite prononcée par le tribunal ; c'est uniquement dans le cas d'un ordre servant à l'exécution d'une loi (ou ordonnance) dont l'inobservation n'est pas sanctionnée par la menace d'une peine, que l'exécution par substitution peut être ordonnée et réalisée par l'autorité administrative seule. En Alsace-Lorraine, l'institution de la peine coercitive n'est pas connue (Comp., note 7 ci-dessus). Quant à l'autre moyen de contrainte, — l'exécution par substitution, — il y avait dans la législation des difficultés assez singulières. Le droit français avait soumis cette procédure à la condition d'une condamnation judiciaire pour contravention de police, laquelle condamnation autoriserait en même temps la mesure d'exécution à prendre (ma Theorie d. Franz., V. R. p. 190). Mais la législation judiciaire de l'Empire a aboli l'article 161 du Code d'instruction criminelle français, sur lequel reposait cette procédure ; elle a défendu de confier aux tribunaux de semblables missions. La police, croyant encore avoir toujours besoin d'une autorisation de la justice chercha à se procurer cette autorisation en assignant régulièrement les coupables devant le tribunal civil en vue de les faire condamner à démolir le travail fait contrairement à la police, etc. C'était une situation intolérable dont les effets désagréables se faisaient surtout sentir en matière de police des constructions C'est alors que, chargé en qualité d'adjoint de la ville de Strasbourg de la direction de la police municipale, j'ai cherché une issue : l'abolition de l'article 161 Code d'instruction, à mon avis, avait pour conséquence non pas de nous renvoyer devant le tribunal civil à l'effet d'obtenir son autorisation, mais de nous dispenser de la nécessité d'une autorisation qui n'était imposée à la police que par une prescription positive de la loi. Nous rentrions donc dans le droit naturel ; en particulier, l'exécution par substitution allait de soi. La contrainte, en matière de police de constructions, a été organisée dans ce sens à Strasbourg et dans d'autres villes qui ont suivi son exemple ; depuis lors, elle fonctionne parfaitement sans que sa légalité ait été mise en doute.

débiteur. L'hypothèse principale est celle où il s'agit d'un état de choses extérieur devant être modifié : des constructions, des dépôts contraires à la police doivent être enlevés, des précautions sont à prendre, des choses nuisibles et incommodes à améliorer ; en particulier, on fait ainsi disparaître les traces de délits commis.

Il se peut que, pour atteindre le but, à côté de l'exécution par substitution, le premier moyen d'exécution, la peine coercitive, soit également possible. Le Code de procédure civile a prescrit que, dans ce cas, la peine coercitive serait exclue (C. Pr. O., § 888).

Ce qui découle de la nature des choses, c'est que l'autorité aura alors le choix entre ces deux moyens ; elle emploiera l'un ou l'autre ou les deux successivement ; c'est ce qui, dans le doute, devra être observé en matière administrative. Par des prescriptions expresses de la loi et dans l'intérêt présumé du débiteur, des préférences peuvent être créées de différentes manières (22).

2) La procédure a pour point de départ l'ordre dûment notifié de faire quelque chose. Elle débute par la menace d'exécution par substitution pour le cas

(22 Le choix est libre d'après Württemb. Ges., 12 août 1879, art. 2, al. 2 (*Schicker*, Württemb. Pol. Stf. G. B., p 80) ; Bad. Pol. Stf. G. B., § 30, 31 (« aussi ») ; Hess. Ges. 20 juin 1873, art. 50 (Prov. Aussch. f. Ober Hessen, 10 juin 1884 ; Ztschft f. St. u. Gem. Verw., IX, p. 171) ; pour la Saxe : *Leuthold*, Sächs. Verw. R., p. 375. Bayr. Pol. Stf. G. B., art. 21, ne laisse le choix libre que pour la première menace ; la réitération n'est admise que dans le cas où un autre moyen de contrainte, et spécialement l'exécution par substitution, n'est pas à la disposition de l'autorité. D'après Preuss. L. V. G. § 132, il faut préparer l'exécution par substitution à la peine coercitive, « quand la chose est faisable ». Mais faisable n'est pas identique à possible ; on doit avoir égard à des considérations d'opportunité en ce qui concerne les frais à recouvrer et les intérêts personnels de celui qui sera contraint : O. V. G. 2 octobre 1860 (Samml., VII, p. 342) ; 21 avril 1888 (Samml., XVI, p. 392). Il est donc inexact de restreindre, comme le fait *G. Meyer* dans Wörterb., II, p. 800, la peine coercitive à la réalisation de faits qui ne peuvent pas être exécutés par des tiers, et à des omissions.

de désobéissance. Il se peut que, en vertu d'une prescription de la loi, cette menace doive être faite expressément ; mais elle peut aussi être censée résulter suffisamment de l'ordre même qui, par sa nature, est susceptible d'être exécuté de cette manière (23).

Il se peut aussi que l'on doive accorder un *délai* pour que l'individu puisse encore faire lui-même ce qui a été ordonné ; en l'absence d'une prescription, la nécessité d'un délai résulte de la nature même des choses. A défaut d'une durée fixée, le délai est « moral », c'est-à-dire qu'il a la durée indispensable pour que le fait puisse s'exécuter. La contrainte se produit alors dans deux directions.

On accomplit, d'abord, à la place de l'individu, le fait dont s'agit. L'autorité le fait exécuter par ses subordonnés ; ou bien elle s'assure, dans ce but, les services d'autres personnes au moyen d'un contrat de louage de services ou même dans les formes du droit public, par exemple par la voie de la réquisition. En apparence, l'exécution des travaux ne se distinguera en rien des travaux analogues qu'un particulier fait faire. Seulement, derrière les travaux accomplis par substitution, se trouve la puissance publique, dont, ici, les affaires sont gérées et qui est armée de sa force irrésistible, s'il y a lieu, pour *contraindre à laisser exécuter* ces travaux. Cette contrainte se produit alors par le simple usage de la force qui brise la résistance et empêche de troubler les travaux. Il n'est pas besoin de recourir aux détours que la procédure civile impose, le créancier appelant d'abord l'huissier, et ce dernier faisant appel aux agents d'exécution de la police. La puissance publique est intéressée directement à l'affaire : ses agents se présentent dès le début

(23) Bayr. Pol. Stf. G. B, art. 16 et 21 ; Preuss. L. V. G. § 132 prescrit que la menace soit faite par écrit.

pour aider à l'exécution ; ou bien ils sont appelés sans formes au moindre signe de résistance. Sur l'usage même de la force, comp., § 25, ci-dessous.

L'individu est ensuite obligé de rembourser les frais occasionnés par l'exécution par substitution. La dette n'existe pas vis-à-vis des ouvriers ou des fournisseurs qui ont été employés ; ceux-là n'ont de rapport juridique qu'avec leur commettant, avec l'Etat ou avec la commune chargée de l'administration de la police. C'est l'Etat, la commune, qui sont les créanciers de la somme à rembourser.

Ce n'est pas une créance de droit civil, alors même que les paiements qui l'ont constituée se rapportaient à des prix de vente et à des salaires d'ouvrage dus en vertu du droit civil. Elle n'a surtout aucun rapport avec la créance qui appartient au *negotiorum gestor* contre le *dominus negotii*, comme nos auteurs aiment à le dire, par comparaison. La nature juridique de l'obligation de rembourser est la même que celle de l'*obligation de payer les frais qui, dans la procédure civile, incombent à la partie*, et de l'obligation de payer ces frais au tribunal, au trésor. Les salaires, les prix du matériel employé, les indemnités qui auront pu être payées à des tiers, sont des frais de procédure semblables aux taxes des témoins que le tribunal aura fait payer par la caisse judiciaire et qu'il met à la charge de la partie qui les a occasionnés.

C'est ainsi que se détermine l'étendue de l'obligation de restituer : il n'y a pas lieu de faire payer plus que l'Etat n'a dépensé pour réaliser ce qui a été ordonné à la suite du refus opposé par l'individu ; car ce refus n'a occasionné que ces dépenses (24).

(24) Ne doivent pas entrer en compte les dépenses faites pour constater le fait, pour éclairer l'autorité sur les mesures à prendre et pour les préparer : *Wielandt*, Rechtspr. d. Bad. V. G. H., p. 130, 131. Les dépenses superflues ne doivent pas être remboursées : Bad. V. G. H.,

Le montant des frais est fixé, vis-à-vis du débiteur, par une résolution de l'autorité qui dirige l'exécution. La résolution de fixation des frais ne déclare que ce qui est dû en droit ; elle a la nature d'une décision. Elle sert de titre exécutoire pour l'exécution par la contrainte fiscale ; elle fait entrer l'affaire dans les formes propres à cette procédure ; comp., § 32 ci-dessous (25).

III. — Le moyen de contrainte le plus rigoureux c'est l'*usage de la force*, c'est-à-dire la saisie du corps ou des choses de celui qui doit être contraint, pour vaincre sa résistance. Selon la puissance matérielle, ce moyen est toujours à la disposition de l'autorité d'une manière prompte et suffisante. En fait, ce moyen serait, en définitive, de nature à amener toutes sortes d'effets sur la conduite du sujet et sur l'état de ses biens. Sous le régime de la police, on en a disposé assez librement. Dans notre Etat constitutionnel régi par le droit, tout cela doit aujourd'hui être soumis à des formes et à des règles.

12 septembre 1871 dans *Wielandt*, p. 126. D'un autre côté, l'Etat n'est pas, comme un *negotiorum gestor*, restreint à demander le remboursement d'après les prix courants : C. C. H., 11 avril 1868 (I. M. Bl. 1865, p. 255). Le principe décisif sera encore qu'il faut rembourser tout ce que l'autorité a avancé de bonne foi, alors même qu'elle se serait trompée et qu'elle aurait dépensé trop

(25) Quand l'entreprise, la possession contre laquelle l'exécution par substitution était dirigée a été, depuis lors, transmise à un tiers, ce dernier n'est pas tenu des frais. Contestée est, au contraire, la question de savoir si la procédure elle-même d'exécution par substitution qui n'est pas encore terminée, peut être simplement continuée contre un successeur : Bl. f. adm Pr. 1872. p. 127 surtout les observations de *Luthardt*), *Foerstemann*, Pol. R., p. 402 (qui propose d'assurer la continuation par des inscriptions à prendre au bureau des hypothèques !). A mon avis, l'exécution par substitution, une fois commencée, se transmettra ; on est en effet, dans le cas où l'ordre lui-même qu'elle doit exécuter produit effet sur le successeur (comp. § 21, note 20 ci-dessus) : les travaux une fois commencés ne seront plus interrompus par le changement de possession : l'administration s'est emparée de la chose ; mais les frais ne devront frapper que le possesseur originaire. En tout cas, une location n'empêcherait pas la continuation contre le propriétaire : O. V. G., 21 octobre 1876 (Samml., I, p. 361).

Nos législations ont répondu à ces exigences en réglant les conditions légales de l'emploi de la force, au moins pour les moyens les plus graves, tels que l'arrestation et l'usage des armes ; comp. § 25 ci-dessous. Pour le reste, elles n'ont pas réussi, jusqu'à ce jour, à tracer, d'une manière ferme et par une formule exacte et généralement applicable, les limites entre la liberté et le pouvoir de police, limites doublement nécessaires en une matière aussi délicate. Tandis qu'elles ont réglé exactement les autres moyens de contrainte et déterminé leurs formes et conditions, elles se contentent de réserver, d'une manière générale, la contrainte par le simple usage de la force. Elles ajoutent, tout au plus, la recommandation de ne point faire usage de la force sans nécessité, et de n'employer que la force légale c'est-à-dire une force qui ne soit pas contraire aux lois (26).

Pour y voir clair, il faut commencer par éliminer soigneusement les cas où l'usage de la force a lieu dans les conditions spéciales de la contrainte directe ; il en sera traité au § 24 ci-dessous. Il s'agit ici de la question suivante : dans quelle mesure l'usage de la force est-il admissible comme moyen d'exécution de police par contrainte ?

L'usage de la force peut amener un état de choses conforme à l'ordre, soit *directement par lui-même*, soit par des détours en exerçant sur la volonté de celui qui est forcé une influence par des maux qui lui sont infligés ou dont il est menacé.

Dans la première forme, c'est un moyen de contrainte naturel et allant de soi, moyen qui est compris

(26) Preuss. L. V. G., § 132, chiff. 3 ; Hess. Ges., 12 juin 1874, art. 80 ; Bad. Pol. Stf. G. B., § 130 ; Württemb. Ges., 12 août 1879, al. 2 (*Schicker*, Württemb. Pol. Stf. R., I, p. 79) ; Bayr. Pol. Stf. G. B., art. 21 (*Riedel*, Erläuterungen sous l'article 21, n° 3 ; *Seydel*, Bayr. St. R., V, p. 10).

dans la force de l'ordre d'autorité que l'on réalise ainsi simplement, tel qu'il est.

Dans la seconde forme, l'effet de contrainte n'est exercé qu'au moyen d'un *renforcement* des désavantages infligés à la personne obligée d'obéir, désavantages qui dépassent le contenu de l'ordre ; pour cela, il faut un fondement légal particulier, comme pour la peine coercitive (Comp., I, n° 1 ci-dessus).

La loi peut, pour obtenir la réalisation de l'ordre, autoriser ce renforcement des désavantages ; elle pourrait aussi permettre la torture. Quand la loi s'est bornée à indiquer, d'une manière générale, l'usage de la force comme une contrainte admissible, cet usage n'est licite qu'autant qu'il constitue, pour l'ordre, un moyen d'exécution directe et, par conséquent, naturel. Autrement, l'usage de la force n'aurait aucune limite ; de cette manière, il a des limites.

Les limites, dans lesquelles l'usage de la force doit être considéré comme un moyen ordinaire de contraindre à une conduite personnelle, résultent, d'une manière éclatante, du modèle de l'exécution d'après la *procédure civile*. Tout dépend de ce qui doit être réalisé par la contrainte : supporter, ne pas faire ou faire. Cela nous amène à faire des distinctions.

1) La véritable sphère d'application de ce moyen de contrainte est le cas où il s'agit de contraindre à *supporter* quelque chose.

L'usage de la force, d'après la C. Pr. O., §§ 887, 892, s'ajoute surtout à l'exécution par substitution du fait dû ; nous venons de traiter du moyen correspondant qui existe en droit administratif.

De plus, l'usage de la force a lieu pour contraindre à supporter l'accomplissement d'un fait par le créancier (C. pr. O., §§ 890, 892) ; encore ce moyen est-il contenu dans la contrainte par enlèvement de choses (C. pr. O., § 883), par exemple la dépossession d'un

Digitized by Google

immeuble (C. pr. O., § 885). Dans ces dernières hypothèses, l'essentiel est aussi de supporter le fait d'un autre ; seulement, ici, cet autre qui agit, c'est l'autorité elle-même ; c'est pour cela que la C. pr. O. distingue ces hypothèses de celle où il faut supporter un fait. Pour l'exécution par contrainte en matière de police, cette distinction disparaît ; en effet, l'autorité et le créancier sont une seule et même personne.

Dès lors, nous trouvons la maxime générale : toutes les fois que l'effet correspondant à l'ordre à réaliser peut être obtenu par un fait de l'autorité que devra supporter l'individu, l'usage de la force est le moyen de contrainte naturel (27).

Cette action de l'autorité consistera dans la modification de l'état de choses créé et maintenu par celui qui est soumis à la contrainte, quant à la disposition de ses biens, de ses entreprises : enlèvement, démolition et modification aux biens, fin de son entreprise industrielle, par l'enlèvement ou la mise hors d'usage des machines et appareils, par le renvoi des ouvriers, par la fermeture des portes aux clients. Dans ces derniers cas, l'usage de la force a une certaine ressemblance avec l'exécution par substitution. Toutefois, il y a une différence : ici, tout consiste à empêcher, à écarter ; il n'est effectué aucun travail utile, qui incombait à celui qui est contraint. Cela a une grande importance pour la question des frais : celui qui a été contraint n'a rien à rembourser ; la contrainte ne peut qu'une chose : l'obliger à supporter (28).

(27) *Seydel*, Bayr. St. R., V. p. 10.

(28) L'exécution par substitution et le simple usage de la force sont clairement distingués dans Bayr. Pol. Stf. G. B. art. 20, al. 1-3 et al. 4. O. V. G., 1er août 1876 (Samml., I, p. 322) rapporte une espèce où l'on a fermé de force une auberge : l'autorité « dans l'intérêt de l'ordre public », fait simplement couvrir de goudron l'enseigne placée malgré la défense. Cela n'est certainement pas une exécution par substitution avec obligation de rembourser les frais. Avec un peu trop de prolixité, l'usage de la force est motivé dans R. G., 14 janvier 1882 (Samml., IV p. 363 ss.).

Digitized by Google

En règle, cette contrainte n'est soumise à aucune forme ; un avertissement préalable n'est même pas exigé. Mais, en fait, on ne s'en dispensera pas facilement (29).

On s'abstiendra aussi de l'usage de la force, quand d'autres moyens de contrainte suffisent ou qu'une peine de police peut produire l'effet voulu ; d'une manière générale, toutes les fois que la mesure de force sera hors de proportion avec l'avantage que l'intérêt public retirera de la répression de la désobéissance. Il n'y a là que des raisons d'équité ; mais, dans une certaine mesure, le principe de la proportionnalité des manifestations du pouvoir de police (Comp., § 19, II, n° 2 ci-dessus) trace une limite juridique que l'usage de la force ne doit pas dépasser.

2) Les règles qui précèdent permettent aussi de déterminer jusqu'à quel point l'usage de la force peut servir à exécuter un ordre *de ne pas faire*. Il ne faut pas dire que ce moyen de contrainte peut être employé toutes les fois qu'il s'agit de ne pas faire.

La force ne peut, en obligeant à supporter un fait, réaliser une obligation de ne pas faire, que dans le cas individuel immédiat, pour le moment (30). Naturellement, on conçoit que l'on rende ainsi impossible pour la durée interdite le fait défendu. Mais on aurait besoin pour cela de s'emparer tout à fait de la personne. La force deviendrait alors toute autre chose qu'un moyen d'exécuter l'ordre.

Une neutralisation pareille n'est pas tacitement comprise dans l'admission générale de l'usage de la force comme moyen de contrainte. C'est pour cela que

(29) *Bingner et Eisenlohr*, Bad. Stf. R., p. 163 : la mise en demeure peut être omise quand il y a péril en la demeure.

(30) Mot. du projet de la C. Pr. O., p. 443 (*Hahn*, Mat., I, p. 466) : omettre et supporter, si ce n'est supporter un fait pour le cas individuel, ne peuvent pas être réalisés directement par la force.

Digitized by Google

les formes plus graves de l'usage de la force, qui, en fait, sont susceptibles et ont pour but d'amener une neutralisation, par exemple l'arrestation et l'emploi des armes, ont été réglées spécialement par la loi, celle-ci a fixé les conditions dans lesquelles elles sont admises ; comp., § 25 ci-dessous.

3) Tout autre est la question de l'admissibilité de la force pour réaliser, par la voie d'exécution, un *fait positif* qui a été ordonné.

Ici, l'exécution de la procédure civile ne donne pas de modèle. La raison en est que la simple traduction du contenu du jugement dans l'usage de la force ne peut avoir d'autre influence, sur la conduite de la personne, que de l'obliger à supporter ou à ne pas faire.

Il en est de même pour l'exécution par contrainte d'un ordre de police. L'exécution par contrainte d'une obligation de faire ne peut avoir lieu par l'usage de la force que si l'on peut disposer d'un renforcement de maux à infliger, renforcement que la loi doit avoir autorisé spécialement. Même dans ce cas, ce n'est toujours qu'une tentative, une contrainte psychologique, dont le résultat reste incertain.

L'usage de la force peut produire effet dans cette direction, quand elle se présente seulement comme imminente, sous la forme d'une *menace*. Elle doit alors toujours signifier un mal extrinsèque et en dehors du fait ordonné ; en effet, la réalisation par contrainte du fait ordonné lui-même n'étant pas possible, il n'est pas possible de s'en servir comme menace.

L'usage de la force peut aussi servir à *ébranler la volonté récalcitrante* par les maux qui en résultent. Il peut surtout rapprocher l'individu du fait ordonné, de telle manière que la pression morale qu'exerce le sentiment de la force suffira à en amener l'accomplisse-

Digitized

ment. On traînera l'individu à l'endroit où il doit agir ; on lui forcera la main pour prendre les instruments ; on le mettra dans la position voulue. On ne peut pas aller plus loin ; mais la volonté brisée fera d'elle-même le dernier pas.

C'est la façon dont la réquisition militaire procède en temps de guerre ; elle se sert, en outre, de menaces plus graves.

Des prescriptions expresses de la loi permettent de faire une tentative de ce genre pour réaliser par la force d'autres obligations de faire; nous disons une tentative ; en effet, la question de savoir si le dernier pas sera fait ou non, dépend de la fermeté de la volonté à vaincre. Mais jamais cette manière d'employer la force ne sera un moyen de contrainte, qui soit sous-entendu ; il faut une loi expresse ; ce procédé n'est pas contenu dans l'ordre exécutoire, pas plus que la peine à laquelle il ressemble par son effet et par sa nature juridique (31). C'est se tromper complètement que d'argumenter comme on aime à le faire, en disant que la loi qui charge l'autorité de réaliser un fait a voulu aussi lui donner, par le droit de faire cet usage de la force, le moyen d'atteindre ce but. En effet, la force n'est pas ici un moyen qui atteigne le but directement ; si cependant l'on veut la comprendre dans l'autorisation générale, par ce motif qu'elle peut servir indirectement à atteindre le but, je ne vois pas alors pourquoi la torture proprement dite serait exclue (32).

(31) Stf. Pr. O. § 50 permet, outre l'amende et l'emprisonnement, d'amener de force le témoin, qui, sans excuse, n'a pas comparu. Lors des débats au Reichstag, on expliquait toutes ces « mesures de contrainte » comme des « peines qui ne peuvent être prononcées que par le juge ». C'est dans le même sens que la peine coercitive est encore considérée comme un moyen de contrainte : elle est destinée à ébranler la volonté ; comp. la note 15 ci-dessus. Pour d'autres exemples : Seemannsordnung, 27 décembre 1872, § 29 ; Preuss. Gesindeordnung, 8 novembre 1810, § 51 ; Bayr. Pol. Stf. G. B., art. 106, al. 4 et 5.

(32) *Bingner et Eisenlohr*, Bad. Stf. R., p. 183 ; *Seydel*, Bayr. St. R.,

Digitized by Google

Dans la pratique, nous voyons très souvent encore nos autorités employer des mesures de force contre des personnes qui ne veulent pas obéir à l'ordre qu'elles donnent d'effectuer un fait déterminé. L'individu récalcitrant est arrêté et mis en prison; ou bien il est amené de force devant l'autorité à laquelle il doit fournir des renseignements. L'autorisation d'agir ainsi est tirée de l'argumentation sus-indiquée ; il faut, dit-on, que l'autorité puisse exercer cette contrainte ; ou bien encore, on trouve dans la désobéissance, un danger pour l'ordre et la sûreté publique, danger qui doit être prévenu par ces mesures.

Quand on examine de près ces hypothèses, on a souvent l'impression qu'il ne s'agit plus du tout d'une exécution par contrainte, à l'effet de réaliser un ordre de police : l'homme qui a été amené de force pour fournir des renseignements n'en sera pas plus capable, ni mieux disposé ; l'arrestation n'avance nullement, pour le moment où cela importe, l'accomplissement du fait dû. En réalité, c'est plutôt le prestige de l'autorité, — prestige offensé par la désobéissance — qui réclame une satisfaction et qui se donne instantanément cette satisfaction par les désagréments qui atteignent si manifestement le récalcitrant. L'esprit de corps est, sans qu'on en ait conscience, assez fort, même dans nos cours suprêmes de justice, pour les rendre peu disposées à condamner ce procédé (33).

V, p 10. La question revient à la théorie de la contrainte directe ; comp. § 24, note 13 ci dessous.

(33) Amener de force est admis, dans le style officiel, sous le nom de *Realcitation*, *Sistierung*, *Zwangsgestellung*, parmi les institutions du droit administratif : Bayr Ob. G. H , 19 octobre 1855 ; Bl. f. adm. Pr., XI, p. 399, 400 ; Obr., 8 octobre 1887. *Seydel*, Bayr. St. R., V, p 10, croit pouvoir mettre cela d'accord avec le principe si énergiquement établi par lui, que la force corporelle n'est admise qu'autant qu'elle est susceptible de réaliser directement ce qui a été ordonné. On n'est contraint, dit-il, qu'à « comparaître devant l'autorité » ; or, cela, du moins, peut être réalisé par la force. Mais alors on pourrait aussi commencer par contraindre le propriétaire qui doit nettoyer son trot-

toir à « comparaître » dans la rue en l'y amenant par la force ; peut-être alors balaiera-t-il, tout comme l'individu qui a été *sistiert* consent à fournir des renseignements. Le fait, qui est le but, n'est pas réalisé par le moyen même de la contrainte. Il en est autrement, quand on fait amener une personne en vue de lui faire une communication : il s'agit alors de souffrir un fait ; cela peut être réalisé par la force jusqu'au bout ; mais cette force n'est légitime qu'autant que l'ordre qu'elle doit exécuter est légitime ; or de quel droit nos autorités commandent-elles aux sujets de subir cette formalité ? En Prusse, la pratique de l'usage de la force va encore beaucoup plus loin que ces *Sistierungen*. O. V. G. 1er décembre 1880 (M. Bl. d. I., 1880, p. 45) : Lors d'un incendie, le maître commande à un élève en pharmacie qui assiste en spectateur, de porter une petite pompe à incendie ; désobéissance ; arrestation immédiate dans la salle de police ; l'élève arrêté prie qu'on le mette en liberté, jurant de faire maintenant ce qui est commandé ; ayant été reconduit sur le lieu de l'incendie, il refuse à nouveau ; en conséquence, il subit une nouvelle arrestation. Le tribunal déclare que cela a été possible en vertu de la loi « pour la protection de la liberté individuelle du 12 février 1850 », attendu que la sûreté publique était compromise par la force contagieuse du mauvais exemple que la désobéissance devait donner aux autres. Même solution dans l'affaire O. V. G., 16 novembre 1889 (Samml., VIII, p. 407) : le commandant de la compagnie des pompiers volontaires, l'incendie une fois éteint, ne voulait plus rester, malgré l'ordre du fonctionnaire de police, attendu que celui-ci n'aurait plus rien à lui commander et ne pourrait que lui « demander ». Mais le danger « pour la sûreté publique », danger à raison duquel son arrestation a été déclarée justifiée, est, à coup sûr, simplement celui-ci : l'autorité offensée pouvait se procurer immédiatement une satisfaction éclatante. Dans le droit de la Saxe, tout ceci est reconnu comme « émanation de la puissance d'exécuter attribuée aux autorités » : Sächs. Ztschft f. II, p. 71. Contre tous ces abus, *Seuffert* dans Wörterbuch, II, p. 675, 676 se prononce avec beaucoup d'énergie.

§ 24. *Suite.*

La contrainte directe.

L'exécution par contrainte a pour seul but de servir à un ordre ; — l'ordre ne pouvant pas, à cause de la désobéissance, obtenir ce à quoi il tend, l'exécution par contrainte met à sa disposition ses différents moyens pour vaincre la désobéissance ; — la contrainte directe a un but propre : le moyen qui appartient à la puissance de l'autorité est lancé, sans intermédiaire, contre le fait contraire à la police.

L'unique moyen de contrainte directe est l'usage de la force, par des agents d'exécution de police et autres auxiliaires (1). Qu'ils agissent de leur propre initiative ou sur l'ordre de service émis par l'autorité dirigeante (2), ou bien après une détermination préala-

(1) La terminologie est très défectueuse. On emploie l'expression « usage de la force » (*Gewaltanwendung*) comme synonyme de « contrainte directe » (*unmittelbarer Zwang*). *G. Meyer*, dans Wörterbuch, II, p. 262 ; — ou bien l'on réunit les deux choses dans l'expression « contrainte directe et physique » (*unmittelbarer physischer Zwang*) : *G. Meyer*, V. R., I, p. 68. De cette manière, ce que nous appelons contrainte directe est perdu de vue, ou bien on n'en parle pas : *G. Meyer*, Wörterbuch, II, p. 800 ss. — *Auschütz*, dans V. Arch., I, p. 461, appelle dans ce sens la contrainte directe elle-même un « moyen de contrainte ». La logique de la langue s'y oppose, à mon avis. Pour y voir clair, il faut commencer par distinguer l'exécution par contrainte et la contrainte directe ; l'une et l'autre ont un élément commun : l'usage de la force leur sert de moyen.

(2) L'ancienne manière de voir fait une grande différence suivant qu'il y a ordre de service ou non : O. Tr., 4 juin 1872 (J. M. Bl., p. 89). Mais, en ce qui concerne le rapport au sujet, cela n'a d'importance que dans le cas où une loi en a fait expressément une condition de la validité de la contrainte. On en trouve des exemples dans : Preuss. Ges., 12 février 1850 : R. Reblaus. Ges., 6 août 1875, § 2 : R. Viehseuchen-Ges., 23 juin 1880, § 27, al. 3.

ble du but précis à atteindre par un acte administratif (3), cela ne fait pas de différence essentielle ; l'opposition qui existe avec l'exécution par contrainte de police reste la même.

La question, dans laquelle se concentre tout l'intérêt, est celle de l'*admissibilité en droit* de l'atteinte portée à la liberté et à la propriété. L'exécution par contrainte de police est couverte, à cet égard, par l'ordre qu'elle réalise ; elle n'a besoin d'un fondement légal propre que dans le cas où elle doit user de moyens qui vont plus loin (comp. § 22, I, n. 1, III, n. 3). Pour la contrainte directe, la question de sa justification se pose dès le début.

Cette justification peut résulter d'une *prescription légale particulière*, autorisant l'usage de la force pour un but de police déterminé (4). L'interprétation du texte de la loi indique ce qui peut être fait ; pour user de cette autorisation, on peut suivre les règles ordinaires.

Mais, en outre, une contrainte directe a lieu dans une large mesure, sans fondement légal particulier, tantôt en vertu d'un renvoi très général qui se trouve dans une loi, tantôt même en dehors d'un renvoi de ce genre, mais toujours avec une légitimité incontestée. Ce phénomène d'un usage de la force *allant de soi*, n'est rendu possible que par la nature particulière du pouvoir de police. Il s'agit de faire valoir le devoir préexistant des sujets. En règle, la police le fait dans les formes de l'Etat constitutionnel régi par le droit.

(3) R. Viehseuchen. Ges., § 18, par exemple, admet le recours contre l'acte par lequel l'autorité ordonne d'abattre des bestiaux suspects de maladies contagieuses ; ce n'est pas un ordre donné au propriétaire ; ce n'est pas non plus un simple ordre de service pour les agents ; c'est un acte administratif dirigeant la contrainte directe qui se fait en vertu de la loi.

(4) Des exemples dans : R. Viehseuchen. Ges., § 24 ; R. Reblaus. Ges., § 3, al. 2, chiff. 2 ; R. Nahrungsmittel Ges., 14 mai 1879, § 2 et 9.

Digitized by Google

Mais le fait contraire à la police peut, dans le cas individuel, se manifester avec tant de force et d'énergie que le droit naturel du pouvoir de police l'emporte sur les limites formelles de la liberté : la réserve constitutionnelle au profit de la loi n'a pas été faite pour des hypothèses semblables ; tous les moyens de force dont dispose l'autorité, peuvent être employés par cela même. Pour savoir quand l'on sera dans ce cas et quand le fait contraire à la police est assez grave pour que l'usage de la force aille de soi, il faut en chercher les modèles dans le *droit civil* et dans le *droit pénal*. Ils nous serviront à tracer les justes limites. Le droit civil et le droit pénal reconnaissent des cas dans lesquels, même dans un Etat policé, l'individu est laissé libre de faire usage de la force contre son prochain. Sans titre spécial, d'avance, il y est autorisé. Notre Code pénal prévoit, dans ses §§ 52 et 53, les cas de *nécessité pressante*, et de *légitime défense* : notre Code civil, dans ses §§ 227 à 229, prévoit les cas de légitime défense, de haute nécessité et de *justice qu'on se fait à soi-même*. Nous verrons que cette énumération doit être complétée par le droit naturel (5). Mais, avant tout, il ne faut pas perdre de vue que toutes ces règles visent des rapports entre particuliers et ne peuvent pas être transportées purement et simplement dans la sphère des rapports entre la puissance publique et le sujet. Elles doivent subir des transformations, des extensions et des restrictions, une orientation toute nouvelle. Par conséquent aussi, les groupes logiques de la classification se forment tout autrement. Nous distinguons : l'usage de la force pour la *défense administrative*, pour *empêcher des faits punissables*, et pour des *mesures de haute nécessité*.

(5) *Linde*, dans sa Ztschft, I, p. 394 ss., a exposé autrefois ce droit naturel. Nous verrons que le nouveau Code civil allemand ne le rend pas superflu.

Digitized

I. — L'administration publique poursuit ses buts au moyen de personnes et de choses ; elle s'en sert pour toutes sortes d'entreprises, d'établissements et d'organisations. Combattre les troubles qui pourront y être apportés par les particuliers, c'est l'œuvre de la police (Comp § 19, II, n 3, ci-dessus). Si le trouble prend le caractère d'une *attaque*, d'un empêchement, d'un dommage, d'un obstacle matériel émanant de l'existence individuelle, la police y répond par la contrainte directe : elle écarte le trouble par l'usage de la force. C'est ce que nous appelons la *défense administrative*. C'est elle-même, c'est son existence immédiate, que l'administration défend ici. Son rôle ressemble à celui d'un particulier dans le cas prévu par les paragraphes susvisés du Code civil. Toutefois, cette défense administrative ne se laisse pas enfermer complètement dans l'une des catégories du Code. Elle présente des caractères de toutes ces catégories.

1) L'*objet* de la défense administrative, « le bien juridique armé » (*das wehrhafte Rechtsgut*) est ici, comme nous venons de le dire, l'administration elle-même dans son existence extérieure.

L'administration, c'est l'administration proprement dite, l'administration publique au sens que nous avons fixé au t. I, § 11, III, n. 1 ci-dessus.

Dès lors, la défense par l'usage de la force s'applique non pas à une propriété, à une possession quelconque de l'Etat, mais exclusivement aux choses destinées à servir à un intérêt public. Le fonds rural de l'Etat, ses bâtiments de fabrique sont protégés comme toute autre propriété privée. Les choses publiques, au contraire, routes, ponts, forteresses, etc, sont défendues dans leur intégrité et leur usage par l'emploi de la force, de la contrainte de police directe. Les places, bâtiments, locaux, n'ayant pas le caractère de choses publiques au sens technique (comp. t. III, § 35 ci-des-

Digitized by Google

sous), sont traités de la même manière, en tant qu'ils se trouvent compris dans le service public. Il se peut que, dans un seul et même bâtiment, il y ait, pour les différentes parties, un droit de défense juridiquement différent. L'obstruction de l'accès de locaux officiels, bureaux, salles d'audience, sera écartée directement par la police, par la force ; mais si, par exemple, le locataire d'un magasin qui se trouve dans le bâtiment public n'obstrue, par des dépôts de marchandises, que l'accès du logement de service d'un fonctionnaire, le droit civil s'applique.

De même, il faudra distinguer pour les *choses mobilières*, ustensiles, armes, approvisionnements. La protection de la police embrasse aussi des choses qui, appartenant non pas à l'Etat mais au fonctionnaire, sont cependant destinées au service public.

La *personne* du fonctionnaire ne jouit de cette protection que dans le même sens : en tant qu'il est en service, et que le service est troublé en sa personne. Alors, d'un côté, sa défense personnelle revêt le caractère plus sévère de la police, puisqu'il défend en même temps la chose publique ; d'un autre côté, l'intérêt de l'administration est défendu, en sa personne, par tout fonctionnaire appelé à servir à cette entreprise ou à la protection de l'ordre public en général (6).

Enfin, le véritable objet de la défense administrative apparaît aussi très nettement : la défense par la force a lieu lorsque l'acte d'autorité, l'accomplissement tranquille de la *besogne administrative* éprouve un trouble, sans qu'il y ait attaque contre des personnes ou des choses. Ainsi, un individu trouble, en parlant trop haut, un débat en plein air ou blesse, par sa conduite,

(6) Le consentement de la personne attaquée, consentement qui écarterait le droit de légitime défense (*Binding*, Stf. R., I, p. 737), sera donc ici sans influence.

la dignité et la solennité d'un acte. Au seul point de vue de la défense du fonctionnaire ou de la possession de l'Etat, l'usage de la force à l'effet d'éloigner cet individu ne se justifierait pas ; c'est l'administration elle-même, dans sa marche et dans ses manifestations extérieures, qui est protégée (7).

2) La défense suppose une *attaque illégale*. Le Code civil, §§ 227, 228, fait des distinctions très strictes ; s'il n'y a pas attaque illégale, l'usage de la force ne peut être justifié que dans les conditions étroites du § 228, c'est-à-dire au cas de nécessité pressante.

Pour la contrainte directe de police, bien des hypothèses qui, en droit civil, appartiendraient tout au plus à cette seconde catégorie, sont comprises dans le droit de la défense administrative : il faut, en effet, considérer comme une attaque, tout trouble apporté à l'administration et émanant de l'existence individuelle. S'agit-il d'un trouble qui émane des forces de la nature ou de choses sans maître, ce que l'administration fait pour le combattre ne s'appelle pas contrainte et usage de la force, c'est simplement un *travail*. Au contraire, au trouble émanant de l'existence individuelle se joint immédiatement l'idée de violation du devoir envers la police, l'idée aussi de possibilité d'une justification au point de vue de l'ordre juridique ; l'absence de cette justification transforme le trouble en attaque illégale. La contrainte et l'usage de la force sont le travail de l'administration dirigé contre l'existence individuelle dont cette attaque émane et qui en est rendue responsable.

Nous n'avons pas besoin ici d'une illégalité plus fortement accentuée (8).

(7) La susceptibilité pour apprécier une conduite inconvenante n'est pas la même pour les différentes fonctions publiques. Les procédures devant les tribunaux, ainsi que les solennités religieuses, sont celles qui se montrent le plus jalouses de leur dignité. Il faut ajouter tout de suite les parades et cérémonies militaires ; comp. § 25, III, ci-dessous.

(8) Pour dégager la voie navigable du canal, l'administration fait

3) En droit civil, l'acte de haute nécessité dépend de la condition que le dommage causé à autrui ne soit pas hors de proportion avec le danger (C. civ., § 228). C'est une particularité de cette institution qui elle-même forme une exception au droit strict. La légitime défense n'y est pas soumise.

La défense administrative par l'usage de la force est soumise tout entière à cette règle, commune à toutes les mesures de police, la règle de la *proportionnalité* (comp. § 19, II, n. 2 ci-dessus). Elle donne une certaine direction pour apprécier s'il convient de procéder par la contrainte, quels moyens il faut choisir et jusqu'à quel point il faut la pousser (9). En principe, l'usage de la force ne doit cesser qu'au moment où le but poursuivi est atteint. C'est ce qui arrive lorsque l'attaque est complètement vaincue et écartée. Même chose quant à ses effets. La défense administrative ne cesse pas, comme la légitime défense du droit pénal, « lorsque l'attaque illégale a réussi définitivement ». Elle est, en outre, dirigée contre l'état de choses créé par l'attaque victorieuse présentant un trouble continu. Ainsi, il y a lieu à l'usage de la force non seulement contre celui qui veut déposer sa chose pour gêner la circulation, mais encore au cas où cet individu a réussi ; la chose trouvée dans la rue pourra, après coup, être enlevée ou détruite. De même, une autorité pourra non seulement défendre contre toute

sauter un bateau qui a coulé : c'est de la défense administrative par l'usage de la force. La théorie de la légitime défense en droit pénal considère la « volonté de l'attaque » comme une condition essentielle. Mais, d'après *Binding*, Stf. R., I, p. 735 ss., cette attaque peut aussi émaner d'un animal ; *V. Thur*, *Notstand*, p. 55, admet même une espèce de légitime défense contre une barque qu'on a laissé flotter. Le droit civil est plutôt disposé à ranger ces cas dans les prescriptions restreintes du § 228 du Code civil : *Planck*, Comment., I, sous le § 227, 1 c.

(9) L'édile qui, dans la loi 12, Dig., XVIII, 6, fait simplement briser les meubles qui ont été laissés sur la voie publique, commettrait aujourd'hui un excès de pouvoir.

soustraction ses dossiers et tous objets nécessaires au service, mais encore elle pourra les faire chercher de force, même chez un tiers de bonne foi, si on refuse de les lui restituer sans droit. Cela ressemble à une attaque ; mais juridiquement, l'administration ne fait ici que défendre ses biens ainsi que la bonne marche de ses services.

Ainsi, la défense administrative embrasse des hypothèses qui correspondraient plutôt aux règles du Code civil § 229 sur la justice qu'on se fait à soi-même (10).

II. — L'usage de la force par contrainte de police sert aussi à combattre des attaques qui ne sont pas dirigées contre l'administration elle-même. Cela suppose que l'attaque est déjà caractérisée et réprouvée, comme trouble du bon ordre, par une règle de droit ; en d'autres termes, cela suppose qu'elle se présente comme un fait frappé par la loi pénale ou, ce qui revient au même, par une ordonnance pénale.

L'empêchement, par la force, de faits punissables, forme la seconde catégorie principale de la contrainte directe allant de soi (11).

Elle correspond à l'usage de la force privée pour la légitime défense dans le cas où l'attaque est dirigée contre un *tiers*. Dans son application la plus remarquable, celle où l'agent de police vient au secours de l'individu attaqué contre le malfaiteur, elle coïncide

(10) Nous avons cité, § 19, note 7 ci dessus, un arrêt de O. V. G. dans lequel l'autorité fait rechercher de force des documents qui n'ont, pour le service public, qu'un intérêt indirect. Le Code civil, § 859, al. 2, est beaucoup plus strict. Le § 229 ne peut être comparé ; il suppose que « l'intervention de l'autorité publique ne peut pas avoir lieu à temps » ; les autorisations exceptionnelles qu'il donne ne pourraient pas être invoquées par l'autorité elle-même.

(11) Bayr Ausf. Ges. z. Stf. Pr. O., 19 août 1879, art. 102, et Pol. Stf. G. B., art. 20, y font allusion. V. *Riedel*, Erläuterungen z. Pol. Stf. G. B., p. 79 : il y a ici un principe général qui n'a pas été formulé « parce qu'on estimait qu'il allait de soi que les autorités de police, dans ces hypothèses, ont le pouvoir de prendre les mesures dictées par la nature des choses ».

Digitized by Google

même, extérieurement tout au moins ; cependant, ses conditions et ses moyens en diffèrent essentiellement.

1) Ce que la police protège par l'usage de la force, ce n'est pas, en effet, la personne de l'attaqué et son bien juridique mis en danger, c'est *l'ordre public* qui est également attaqué en lui. C'est pour cela que l'usage de la force a lieu aussi pour empêcher des faits punissables qui n'autoriseraient personne à invoquer la légitime défense et qui, par conséquent aussi, ne permettraient à personne de participer à cette défense, par le simple motif qu'ils ne blessent personne, ni un individu, ni une communauté, y compris l'Etat, quant à sa possession particulière et à son existence extérieure. On trouvera des exemples dans certains attentats aux mœurs et surtout dans la plupart des délits de police.

2) Ce que l'on combat, ce n'est pas, comme dans la légitime défense, toute attaque illégale. Ce n'est pas la mission du pouvoir de police de lutter contre le dommage civil (Comp. § 19, I, n. 2 ci-dessus). On ne combat de cette façon que ce qui est caractérisé par la loi pénale comme contraire à l'ordre public, l'illégalité d'un rang supérieur. Dans la manière dont cette condition est plus spécialement déterminée, notre institution est en harmonie avec la légitime défense. Qu'importe, dnas l'un et l'autre cas, que la punition soit subordonnée à une plainte de la personne lésée. Pour l'usage de la force de la police, comme pour celui qui par la légitime défense vient au secours d'un tiers, l'autorisation cesse dès que le consentement de la personne lésée exclut la pénalité. Le moment aussi où l'usage de la force devient possible est fixé uniformément par l'apparition du danger immédiat : l'attaque ou le fait punissable doit avoir commencé, ou, du moins, le progrès des faits doit être

arrivé au point que l'attaque, le fait punissable soit imminent (12).

3) En ce qui concerne les limites à observer dans l'usage de la force et les moyens employés, nous n'avons qu'à rappeler ce qui vient d'être dit au sujet de la défense administrative (I, n. 3 ci-dessus) (13). Cependant, ici comme pour la légitime défense, l'usage de la force cesse d'être autorisé dès que le fait punissable est accompli et a atteint son but. L'introduction de la poursuite pénale est l'affaire de la police judiciaire ; quant à réparer les conséquences fâcheuses qui peuvent avoir résulté du délit, cela s'effectue dans d'autres formes de la contrainte de police (14).

(12) *Binding*, Stf. R., I, p. 746. Trop restrictive est la thèse de *Edel*, Bayr. Pol. Stf. G. B., p. 153, qui suppose, au moins, une « tentative punissable », et *Standinger*, dans Dollmann, Bayr. Ges. Gebung, III, VII, p. 184, n. 4, qui suppose un « acte de tentative », punissable ou non ; de même, *Foerstemann*, Pol. R., p. 411, qui voudrait supposer « que des personnes se trouvent en train d'accomplir une action contraire à la défense faite et ne veulent pas y renoncer ». Trop large est la thèse de C. G. H., 12 février 1870 (cité au § 20, note 21 ci-dessus : la Cour veut voir là un cas d'exécution de police par contrainte) ; de même, R. G., 16 nov. 1885, où il est déclaré que c'est à juste titre que le gendarme enlève de force sa canne à un jeune homme, parce que « d'après toutes les circonstances, vu spécialement les querelles qui avaient lieu dans les années précédentes à l'occasion des opérations du recrutement, ainsi que l'état d'excitation et de disposition de l'inculpé et de ses compagnons à se livrer à des voies de fait, il s'est formé la conviction qu'une rixe était imminente ». Mieux justifié paraît être l'usage de la force dans l'affaire O. V. G., 4 oct. 1882 (Samml., X, p. 376) : dans une auberge une querelle est sur le point d'éclater ; les clients se pressent d'une autre salle vers l'endroit où la querelle se produit ; l'agent de police se place devant la porte et ne laisse entrer personne.

(13) Bayr. Ob. G. H., 7 janv. 1879 (Samml., IX, p. 29) : un voiturier laisse sa voiture attelée sans surveillance, ce qui est défendu sous la sanction de peine de police. Les gendarmes font sortir de force le voiturier de l'auberge et le placent sur sa voiture pour qu'il la fasse partir. C'est là une contrainte directe dont la légitimité est très douteuse : l'usage de la force ne pouvait être appliqué qu'à la voiture laissée sans surveillance.

(14) La question se pose de savoir si l'usage de la force doit toujours être admissible même vis-à-vis d'une pénalité minime. Il n'est pas possible de tracer ici une limite de droit ; c'est comme pour le droit de la défense administrative. Tout au plus, on peut recommander aux agents de police de montrer une certaine indulgence : *Edel*, Pol. Stf.

Digitized by Google

III. — La troisième espèce de contrainte directe allant de soi se rattache à l'institution connue, dans le droit civil et dans le droit pénal, sous le nom de *droit de haute nécessité ;* la disproportion qui existe entre le dommage causé et le bien juridique supérieur qui ne pouvait être sauvegardé que moyennant le dommage, enlève à ce dommage tout caractère d'illégalité (15). Le bien juridique que la police protège, c'est le bon ordre de la chose publique ; la limite qui s'oppose à l'usage de la force, c'est la liberté garantie par la réserve constitutionnelle. Par suite de circonstances extraordinaires, la force à déployer peut paraître de si peu d'importance en comparaison du péril à écarter, que la limite recule d'elle-même. C'est ce que nous appelons le *droit de haute nécessité en matière de police.* Il rend l'usage de la force légitime, écarte la légitime défense contre cette force ; au contraire, la résistance sera punie selon les règles qui la concernent (Comp. § 25, I, ci-dessous).

Les circonstances dans lesquelles il y a disproportion de ce genre peuvent se présenter de deux manières différentes : ou bien le trouble en lui-même excède la mesure commune ; ou bien c'est l'intérêt particulier de la personne contre laquelle la force s'exerce qui l'emporte.

1) Le premier cas est celui du *péril urgent.* De l'existence individuelle peuvent résulter des dangers pour des tiers, et, par conséquent aussi, pour le bon ordre

G. B., p. 153 : mieux encore, *Bingner et Eisenlohr*, Bad. Stf. R., p. 180 ss. Lorsque le fait punissable se présente avec un caractère durable, la loi en ordonne souvent la suppression dans la forme de l'exécution par contrainte, par conséquent par un ordre individuel exécutoire : dans ce cas, la contrainte directe est écartée Bayr. Pol. Stf. G. B., art. 32 al. 1, art. 33 al 2, art. 34 al. 2, art. 50 a ; Gew. Ord. § 15. al 2 (*Landmann*, Comment., I, p. 122, 123).

(15) Comp. pour ce qui suit : *Stammler*, Strafrecht. Bedeutung des Notstandes ; *V. Thur*, Notstand im Civilrecht ; *Wessely*, Befugnisse des Notstandes und der Notwehr ; *R. Merkel*, Kollision rechtmæssiger Interessen.

de la chose publique, dangers qui ne sont pas des attaques contre l'administration publique (I ci-dessus), ni des faits punissables (II ci-dessus). Dès lors, ces deux autres espèces de contrainte directe sont écartées ; les moyens ordinaires réglés par les principes du régime du droit doivent suffire pour y pourvoir. Mais lorsque le danger éclate avec une puissance et une impétuosité extraordinaires, le droit de haute nécessité de la police apparaît. Le fou furieux est arrêté et lié, l'animal malfaisant est tué, la maison en feu est démolie. Un particulier, d'après le droit civil, ne pourrait se livrer à des atteintes pareilles que pour défendre sa propre personne ou celle d'autrui, légitime défense ou haute nécessité, ou à titre de gestion d'affaires ; en d'autres termes, à la condition d'avoir une justification spéciale à un titre quelconque. C'est seulement pour la police que la haute nécessité de l'ordre public intéressé est une cause d'autorisation générale.

Mais il y a des circonstances dans lesquelles ce droit de haute nécessité reçoit une aggravation spéciale : ce sont les cas de *calamité publique*, lorsque des forces naturelles d'une grande puissance mettent en danger, dans une vaste proportion, la vie des hommes et leur propriété, incendie, inondation. Il est évident que les mesures de force dont on fera alors usage prennent des dimensions en proportion avec le danger. Mais ce qui est juridiquement important, c'est surtout la *direction* que prennent les mesures. On ne démolit pas seulement la maison qui brûle ; on abat aussi, à coups de canon, tout un pâté de maisons voisines ; on perce la digue par laquelle le propriétaire a voulu protéger son immeuble, pour faire écouler les flots qu'elle refoule. Or toutes les mesures de police se dirigent d'ordinaire contre le point d'où émane le trouble ; ici ce point n'est pas la maison voisine, ni la digue, c'est la maison en feu, c'est la poussée des eaux du fleuve.

Digitized by Google

Mais la force de l'homme doit reconnaître son impuissance en présence de la véritable source du mal. C'est pour cela qu'on dirige le mal contre l'objet innocent, ou, pour mieux dire, contre l'objet moins coupable. En effet, les maisons voisines qui menacent de propager l'incendie, la digue qui refoule les flots d'une manière peut-être funeste, sont toujours aussi, par elles-mêmes, des incommodités publiques, des incommodités auxiliaires tout au moins, qui augmentent et qui aggravent le danger de l'incommodité première. Dès lors, la mesure prise contre elles rentre dans le caractère général de la police. Mais, que cette mesure, au lieu de s'en prendre à l'incommodité principale, comme cela serait de règle et comme cela découle de la nature des choses, attaque l'incommodité secondaire, c'est là ce qui donne à la chose un caractère extraordinaire et qui ne peut être justifié que par les principes de la haute nécessité (16).

2) Dans les rapports entre individus, il y a des circonstances dans lesquelles un homme fait usage de la force contre un autre, sans qu'il ait aucun danger à détourner de lui ou d'un tiers : il le fait plutôt à cause d'un danger dans lequel se trouve ce dernier. Il est alors exempt de pénalité, à l'abri de toute responsabilité civile, et une légitime défense ne peut pas s'exer-

(16) La partie frappée est, en réalité, la moins coupable ; elle supporte les conséquences de ce fait que la force de la défense n'était pas suffisante dans l'autre direction. Il résulte de là qu'il convient de chercher pour elle une compensation équitable. En droit prussien, on voulait, autrefois, accorder au propriétaire de la maison démolie en vue de prévenir la propagation de l'incendie, une *actio de in rem verso* contre les compagnies d'assurance contre l'incendie (*Feuersozietäten*) qui en profitent. Les principes de la contribution en matière d'avarie grosse devaient aussi s'appliquer aux propriétaires des maisons : *Foerstemann*, Pol. R., p. 460 ss Les Français invoquent, dans ce cas, la *lex Rhodia de jactu* : ma Theorie d. Franz. V. R., p. 193. S'il doit y avoir une indemnité, les règles du droit civil n'y suffisant pas, il faut plutôt recourir à la grande théorie de droit public dont nous parlerons au t. IV, § 53.

Digitized b

cer contre lui. L'aliéné que le passant arrête pour le conduire à l'établissement d'aliénés, l'ivrogne que l'ami ramène à la maison, ne sont pas autorisés à récriminer contre cette force bienveillante. L'hypothèse principale est celle du *sauvetage* d'un danger mortel, sauvetage qui, selon les circonstances, a lieu au moyen de mauvais traitements ; par exemple, l'homme sur le point de se noyer est pris par les cheveux et tiré hors de l'eau. Le sauvetage peut se faire ainsi même contre la volonté de l'individu et malgré sa résistance réfléchie. Le suicidé qui, dans l'eau, oppose à son sauveur une résistance désespérée, est légitimement contraint par ce dernier ; il peut même être étourdi d'un coup de poing, afin d'être plus facilement transportable.

Tout ceci est, incontestablement, du droit en vigueur, mais qui ne semble pas entrer dans les catégories usitées. Nos législations ne s'en occupent pas.

Au point de vue du droit administratif, tout ceci a ses analogies. Les mésaventures, les accidents, les coups de désespoir qui surviennent aux individus intéressent la police, parce qu'ils constituent, en même temps, des troubles au bon ordre de la communauté. Pour écarter ce trouble par l'usage de la force, la police trouve peut-être un titre dans les différentes causes qui l'autorisent à intervenir. S'il n'en existe pas, le raisonnement qui légitime l'intervention du sauveteur agissant uniquement au nom de l'amitié ou de l'humanité, lui permet de compléter ses pouvoirs. L'intérêt public, il est vrai, n'est peut-être pas aussi urgent pour justifier des mesures de force ; mais, d'un autre côté, l'intérêt propre de l'individu que ces mesures frappent, leur enlève tout caractère de gravité. Ainsi, il y a disproportion entre le trouble et l'atteinte à la liberté, disproportion qui autorise l'usage de la force. Les principes du droit de haute nécessité de la police trouveront leur application.

Digitized by Google

Cette idée du droit particulier de la police comme sauveteur a reçu un développement spécial pour le cas où il s'agit de faire usage de la force contre une personne en vue de la protéger contre des tiers.

Un individu est exposé à de mauvais traitements, peut-être même à un danger extrême ; il arrive au poste de police en demandant à être reçu dans les locaux de police pour être en sûreté. Mais ce bénéfice peut lui être octroyé malgré lui. On appelle cela « l'arrestation dans le propre intérêt ». Notons que c'est encore un cas de *déviation* de la direction naturelle du pouvoir de police. La police devrait vaincre les agresseurs et les mettre dans l'impuissance de nuire. Mais, peut-être, sa force matérielle n'est-elle pas suffisante en ce moment pour amener ce résultat. Elle est tout juste suffisante pour soustraire aux attaques l'individu persécuté. On lui fait violence ; mais cette violence est d'importance minime en comparaison de ce qui attend l'individu s'il reste en liberté. Dès lors, il y a disproportion entre l'atteinte qu'il éprouve et l'intérêt public de faire cesser le trouble ; c'est donc à bon droit qu'il est arrêté.

C'est à bon escient que nous classons cette hypothèse dans la catégorie du droit de haute nécessité de la police. Il n'est pas admissible que la police choisisse elle-même l'objet le plus commode, ni qu'elle se soustraie à toutes limites de droit en invoquant l'importance médiocre des intérêts opposés ; seule, la haute nécessité soit de la communauté, soit de l'individu qu'elle frappe, lui confère des autorisations extraordinaires (17).

(17) *G. Meyer*, V. R., I, p. 162, déclare l'arrestation admissible en vertu des principes généraux et même sans autorisation légale, quand « elle paraît nécessaire dans l'intérêt de la sûreté, de la tranquillité ou de la moralité publiques ou pour la protection même de la personne arrêtée ». Cette « nécessité » devrait cependant avoir, dans ce dernier cas, un caractère tout autrement prononcé que dans les autres. Il n'est

Digitized by

pas même désirable que la loi prévoie expressément des arrestations pareilles, comme le fait la loi pruss. du 12 février 1850, § 6. Il faut que le fonctionnaire ait bien conscience qu'il fait quelque chose d'extraordinaire, et qu'il n'y est autorisé que par des circonstanoes extraordinaires.

Digitized by Google

§ 25

Continuation : cas particuliers de la contrainte par l'emploi de la force

L'emploi de la force sert à l'exécution de police par contrainte aussi bien qu'à la contrainte directe. Les conditions dans lesquelles ce moyen de contrainte est possible ont été exposées dans les paragraphes précédents. Pour son application, il y a des règles communes.

I. — L'administration, lorsqu'elle emploie la force, se sert des hommes qu'elle se procure par le service personnel du droit public sous ses différentes formes, ou par le contrat de louage du droit civil, ou par le secours des citoyens réquisitionnés. Parmi ces individus se distingue une espèce particulière de fonctionnaires subalternes qui, par leur profession, sont destinés à prêter main-forte à l'emploi de la force en matière de police. Ce sont les *officiers d'exécution de police*.

L'administration des rois de France, par sa *maréchaussée*, avait donné aux princes allemands le modèle d'un corps d'agents de police organisés militairement, qui, sous les noms de milice de police, dragons de police, hussards de police, etc., fut instituée partout. Au commencement du XIXe siècle, notre *gendarmerie* en est sortie. Elle a son équivalent dans le corps militairement organisé des agents de la sûreté dans les villes plus importantes. Il faut ajouter les officiers d'exécution de police avec « organisation civile », les

Digitized

employés de police locaux (agents de la sûreté, gardiens de la paix, gendarmes de nuit), ou les employés de police spéciaux, comme les gardes forestiers, les gardes champêtres, etc. (1).

Tous ces officiers d'exécution ont un privilège propre dont ils jouissent lorsqu'ils procèdent à l'emploi de la force pour lequel ils sont destinés. Ce privilège produit son effet dans la poursuite pénale à raison de la *résistance* qu'ils peuvent rencontrer à cette occasion.

La résistance à la puissance publique est punie en vertu du § 113, Stf. G. B., qui forme maintenant le droit commun. Pour que cette pénalité soit encourue, il faut que la personne à laquelle la résistance est opposée ait été autorisée, à un titre quelconque, à employer la force au nom de l'autorité ou à participer à cet exercice. Ainsi, tout d'abord, il n'y a pas de différence suivant qu'il s'agit d'un officier d'exécution ou d'une autre personne. Mais on suppose que l'exercice de la force a été légitime. Le tribunal pénal procédera donc à un examen de la légalité de l'acte du fonctionnaire auquel la résistance a été opposée. Quant à ce qui est nécessaire pour que l'acte soit légal, on trouve la règle dans l'ordre jurique déterminant le rapport entre le sujet et l'Etat au nom duquel l'acte a été accompli. Cette règle reçoit une application absolue lorsqu'il s'agit de tout autre individu que l'officier d'exécution ; pour l'acte de l'officier d'exécution, au contraire, la règle ne s'applique qu'avec une restriction importante. C'est là ce qui fait sa *situation privilégiée* (2).

(1) *G. Meyer*, dans Wörterbuch, II, p. 262. Pour l'historique : *V. Kamptz*, Allg. Codex der Gendarmerie, 1815 (F. Meinert), Der Soldat als Beistand der Polizei, 1807.

(2) L'officier d'exécution, naturellement, ne se confond pas avec « le fonctionnaire appelé à l'exécution des lois, etc. », dans le sens du § 110, Stf. G. B. On trouvera un exemple dans R. G., 10 janvier 1887

L'acte de l'officier d'exécution est, pour la question de la pénalité en cas de résistance, considéré dans certains cas comme valable, bien qu'il ne le soit pas par lui-même. Celui qui a résisté doit être puni, parce que l'acte est légal au sens du § 113 ; et toutefois, ce même acte peut être attaqué et redressé par la voie du recours ou de la justice administrative ; il peut même entraîner pour l'Etat l'obligation de payer une indemnité, parce qu'il n'est pas légal.

La raison de ces appréciations contradictoires est la même que celle qui a déjà, dans la question de la responsabilité civile du fonctionnaire, fait fléchir les principes généraux du droit des délits (comp. t. I, § 17, I, n° 1, ci dessus).

La punition de la résistance est considérée comme une protection spéciale accordée au fonctionnaire agissant. Cette protection lui est refusée quand il agit illégalement. Toutefois, dans l'intérêt du service même, on ne doit pas lui imputer l'illégalité à laquelle il est spécialement exposé par son devoir; à cet égard aussi, il ne doit pas supporter les risques de l'exercice de sa fonction. Il suffit donc que l'acte soit, en général, un acte de la fonction de l'officier d'exécution se tenant dans les limites générales de sa compétence (3). L'il-

(Samml. Stf. t. VII, p. 289 : un assesseur avait ordonné l'arrestation immédiate d'un individu pour désordre commis à l'audience et y avait lui-même participé ; la Cour déclare punissable la résistance opposée « comme étant dirigée contre un fonctionnaire appelé à l'exécution d'une décision du tribunal ». Il s'était appelé lui-même et d'une manière un peu sommaire. En tout cas, il n'était pas devenu, pour cela, officier d'exécution, ce qui aurait pu avoir des conséquences ; comp. la note 9 ci-dessous.

(3) Lors des débats en seconde lecture sur le § 113, le Reichstag avait décidé de subordonner la pénalité attachée à la résistance uniquement au fait que le fonctionnaire aura agi « dans sa compétence ». En troisième lecture, on a substitué, sans aucune explication, l'expression « acte légitime de sa fonction ». Verhandlungen, 1870, I, p. 430 ; II, p. 1169 ; comp. aussi les explications du député *Planck*, loc. cit., I, p. 429. La condition de la compétence générale fait défaut, lorsque le fonctionnaire sort de sa circonscription territoriale ou s'occupe d'une

légalité qui peut survenir ne doit pas lui nuire quand elle est la suite d'une erreur de sa fonction ou d'un ordre de service.

1) L'illégalité de l'acte est couverte, — de sorte que, quant à la résistance, l'acte est considéré comme légal, — lorsque l'illégalité ne repose que sur une *erreur* dans laquelle le fonctionnaire pouvait tomber sans manquer à ses devoirs. A des erreurs semblables inhérentes à sa fonction, l'agent est toujours exposé, toutes les fois qu'il doit agir avec une appréciation personnelle des circonstances matérielles (4). La résis-

autre branche d'administration : *Oppenhoff*, Stf. G. B., sous le § 113, n. 10 ; *Olshausen*, Stf. G. B. sous le § 113, n. 13 *a* : *Binding*, Stf. B., I, p. 741. De même, dans le cas d'*abus* de la fonction dans un intérêt personnel ou dans l'intérêt d'une partie (O. Tr., 10 mars 1869), ainsi que dans ce qu'on appelle *excès* proprement dit : mauvais traitement et injures à l'occasion de l'exercice de la fonction. Si ces faits ne sont pas couverts par l'autorité de la fonction, ce n'est pas parce qu'ils sont punissables ; au contraire, ils sont punissables parce qu'ils n'ont pas la nature générale d'un acte de la fonction et tombent ainsi sous l'application du droit pénal commun. *Hiller*, Rechtmæssigkeit der Amtsausübung, p. 85, 86.

(4) D'ordinaire, on dit que c'est le cas où la question de savoir s'il faut faire l'usage de la force et comment on doit en faire usage « est laissée à l'appréciation consciencieuse des fonctionnaires » : *Oppenhoff*, Stf. G. B. sous le § 113, n. 13 ; *Hiller*, Rechtmæssigkeit der Amtsausübung, p. 80 ; *Seeger*, Abhandl. aus d. Stf. R., p. 314 ; *John*, dans Holtzendorff Handb., III, p. 120 ss. ; *Freund*, dans Arch. f. öff. R., I, p. 126 ss. ; *Binding*, Stf. R., I, p. 742 ; Verhandl. des Nordd. Reichstags, 1870, p. 478 (surtout les deux discours du député *Planck*). L'expression prête à des malentendus : s'il doit y avoir libre appréciation de la part du fonctionnaire et que celui-ci reste dans les limites de cette latitude, il n'y a pas d'illégalité devant être couverte par son erreur. En ce sens, *John* (Holzendorff Handb., III, p 121) enseigne, en effet, que la résistance opposée à l'acte argué d'illégalité n'est punie que dans le cas où on aurait laissé au fonctionnaire une pareille latitude. Elle est donc impunie lorsque, par exemple, le fonctionnaire croyant, par erreur, qu'il y a un motif de dissolution, dissout une réunion. Ainsi, il n'y aurait rien de particulier pour l'officier d'exécution. Mais *Hiller*, Rechtmæssigkeit der Amtsaussübung, p. 80, déclare avec raison la résistance punissable justement dans le cas que *John* cite comme exemple d'impunité. *Binding*, Stf. R., I, p. 742, voulant, au lieu d'une légalité présumée au profit du fonctionnaire, une légalité réelle, prétend qu'il s'agit ici de cas dans lesquels « le droit de procéder à un acte de la fonction dépend, d'après la loi, non pas de l'existence de ces conditions, mais de la conviction qu'en a le fonctionnaire après un examen consciencieux ». Tel serait, par exemple, le cas pour

Digitized by Google

tance ne reste donc impunie que dans le cas où le fonctionnaire aurait, sciemment, ou, ce qui revient au même, par ignorance coupable de la situation, fait fausse route (5). Elle sera aussi impunie quand l'erreur de l'agent concerne non pas des faits à apprécier, mais l'ordre juridique même qu'il devra observer ; une erreur semblable est toujours coupable : ignorance et inintelligence des règles de droit dont dépend la possibilité de l'acte (6), inobservation des

l'arrestation provisoire de la personne prise en flagrant délit, d'après Stf. Pr. O., § 127. Mais ce droit, au cas de soupçon de fuite, appartient à tout le monde ; et cependant, « l'assassin apparent », qui résiste à l'arrestation faite par erreur, n'est puni que dans l'hypothèse où celui qui commet l'erreur est un officier d'exécution ; il ne l'est pas quand c'est un autre fonctionnaire ou un particulier. Dès lors, ce qu'il y a ici de spécial tient non pas à la forme de l'autorisation, mais à la qualité de l'officier d'exécution. Voici des exemples : O. Tr., 24 sept. 1874 (*Oppenhoff*, Rspr., XV, p. 389) : les conditions de l'intervention avaient été, par erreur, considérées comme étant données. O. Tr., 9 oct. 1876 (*Oppenhoff*, Rspr., XVII, p. 104) : on a cru, par erreur, qu'il s'agissait de bois volé et saisi. R. G., 31 mars 1880 : un cheval est mis en fourrière par une erreur semblable. R. G., 5 nov. 1881 : l'huissier, par erreur, saisit contre le mari des choses appartenant à la femme. R. G., 19 nov. 1881 : l'huissier saisit des vivres nécessaires, croyant, par erreur, qu'il y en avait encore en quantité suffisante. Dans tous ces cas, la résistance a été punie.

(5) O Tr., 20 oct. 1871 : le porteur de contrainte avait saisi des objets qu'il savait insaisissables ; la résistance reste impunie. Bayr. Ob. G. H., 19 janv. 1874 (Samml., IV, p. 39) : une société avait obtenu une prorogation de l'heure de clôture ; deux agents de police qui l'ignorent veulent obtenir l'évacuation des locaux avant l'heure. La résistance est punie. Les intéressés, dit le tribunal, auraient dû fournir des explications. Si alors les agents avaient insisté pour l'évacuation, la résistance aurait été impunie, tout au moins si l'explication avait raisonnablement exclu la possibilité de continuer à avoir une opinion erronée.

(6) *Oppenhoff*, Stf. G. B. sous le § 113, n. 11 ; *Bolze* dans *Goltdammer* Arch., XXIII, p. 293 ; *John* dans Holtzendorff Handb., III, p. 121. R.G., 1er mai 1882 (Samml. Stf. t. IV, p. 415) : le gendarme soupçonne un individu d'avoir l'intention de braconner dans la forêt voisine ; il le fouille pour rechercher des lacets. La résistance reste impunie parce que, d'après le droit bavarois applicable, l'empêchement par la force suppose que le délit est imminent ; mais le gendarme n'avait pas admis cela lui-même ; il avait commis une erreur de droit. R. G., 24 oct. 1884 (*Reger*, V, p. 351) : le gendarme avait procédé à une saisie selon la Stf. Pr. O., § 94 ss., saisie à laquelle ne sont autorisés que les « auxiliaires du ministère public » ; d'après le droit prussien applicable, le gendarme n'a pas cette qualité. Dès lors, la résistance reste impunie.

Digitized by Google

formes prescrites (7), voilà les exemples principaux de la résistance non punissable.

2) L'illégalité doit aussi être écartée par un *ordre de service* exigeant l'acte, tout au moins lorsque, sans cela, le fonctionnaire se verrait, aveuglément et sans un examen personnel possible, lancé contre la résistance impunie (8). C'est pour cela que l'ordre dûment notifié couvre entièrement les conditions de la légalité de son action qui sont *derrière cet ordre*, à savoir : le pouvoir de l'autorité qui lui ordonne de procéder contre le sujet de la manière indiquée, et la validité de l'acte d'autorité qu'il est chargé d'exécuter. Tout cela, l'officier d'exécution n'est pas appelé à le contrôler ; dès lors, si la mesure dirigée contre le sujet est illégale simplement parce qu'ici il y avait quelque irrégularité, l'agent doit être protégé contre la résistance ; son acte sera traité, à cet égard, comme légal (9).

(7) Il ne peut s'agir ici que des formes prescrites par des règles de droit ; des prescriptions « instructionnelles » ne sont pas obligatoires pour le rapport avec le sujet. Si *Neumann*, dans *Goltdammer*, Arch., XXII, p. 259, exige que les formes soient prescrites « par une loi ou par une instruction prévue par la loi », il veut, sans doute, entendre par cette dernière instruction une ordonnance. Les formes prescrites concernent les documents dont l'officier d'exécution doit être porteur, l'ordre de service spécial qui le commet, le lieu et le moment où son acte doit être accompli, la présence de témoins, etc. *Hiller*, Rechtmæssigkeit, p. 75-78.

(8) R. G., 1er nov. 1880 (Samml. Stf. t. II, p. 424) insiste avec une grande force sur ces considérations de l'utilité et de la justice naturelle.

(9) Les auteurs de droit pénal se plaisent à exiger, pour que la résistance soit punie, que l'acte à exécuter soit légal : *Hiller*, Rechtmæssigkeit, p. 82 et 83 ; *Seeger*, Abhandl., I, p. 315 ; *Oppenhoff*, Stf. G. B. sous § 193, n. 13 ; *V. Kirchenheim* dans Gerichtssaal, XXX, p. 190 ; *Neumann* dans *Goltdammer*, Arch. 22, p. 226. Comp. l'énumération dans *Olshausen*, Stf. G. B. sous le § 113, n 15 *a* Souvent, on confond ici, avec l'acte à exécuter, l'ordre de service, la commission donnée à l'officier d'exécution. Cela apparaît très nettement chez *Neumann* dans *Goltdammer* Arch., loc. cit. ; cet auteur parle de l'« exécution » de la commission, compte parmi les commissions les « ordres, commandements, jugements et dispositions » indiqués par le § 113 ; il fait alors (p. 223) dépendre la légalité de l'officier d'exécution de la « légalité de la commission ». *Olshausen*, qui, de son côté, exige

Digitized by Google

Ce dont il doit répondre, c'est simplement qu'il est, en général, compétent pour effectuer, sur l'ordre de cette autorité, des actes semblables (10), et que les prescriptions de la loi qui concernent directement son fait à lui, sont observées (11). A cet égard, l'ordre ne le couvre pas ; si donc il y a ici quelque irrégularité, la résistance sera impunie.

II. — La *forme* et la *mesure* de la force à employer se déterminent toutes les deux selon le but à atteindre, selon la nature du fait contraire à la police qu'il s'agit de combattre. Leur limite juridique, c'est ce qui est nécessaire. Quand la législation prévoit des mesures de force pour des buts spéciaux — prélèvement d'échantillons de marchandises mises en vente, des-

seulement que l'autorité supérieure soit « compétente pour la commission », cite, loc. cit., *Hiller* comme étant de cet avis ; celui-ci cependant exige que l'autorité soit compétente pour émettre les « ordres, dispositions, jugements qui doivent être exécutés » et, par suite, les actes que la commission veut faire exécuter. Comp. aussi *Bolze* dans *Goltdammer* Arch., XXIII, p. 303, où il y a des confusions semblables. La jurisprudence est unanime pour dire que l'officier n'a pas à examiner la validité de l'acte à exécuter, et que, par conséquent, l'absence de cette validité ne peut pas rendre impunie la résistance opposée à l'acte. *Olshausen*, Stf. G. B. sous le § 113, n. 15 *a* ; *Neumann*, dans *Goltdammer* Arch., XX, p. 219. Non seulement il n'est pas nécessaire que l'acte à exécuter soit valable, mais encore l'acte peut ne pas exister du tout, à moins que, par suite de prescriptions de formes concernant l'acte même de l'officier d'exécution, et ordonnant par exemple qu'il soit porteur d'une expédition exécutoire, cette existence extérieure ne soit indispensable ; en dehors de ces cas, le fonctionnaire n'a pas même la faculté d'examiner ce qui est derrière la commission d'exécuter. Cette force justificative de l'ordre de service peut avoir pour effet que la résistance contre l'officier d'exécution soit punie dans des hypothèses où elle ne le serait pas contre son supérieur, si celui-ci essayait d'exécuter la mesure en personne. C'est ce qui est remarqué avec raison dans *Goltdammer* Arch., XIX, p 808, à propos de O. Tr., 27 sept. 1871. L'assesseur, dans le cas cité note 2 ci dessus, aurait pu lui aussi faire cette distinction.

(10) En ce sens, *Olshausen*, Stf. G. B. sous le § 113, n. 15 *a*.

(11) R. G., 1er nov 1880 (Samml., Stf. S I. p. 474), reconnaît la maxime : « les ordres ne peuvent pas rendre légitime l'action illégitime ». La Cour veut parler d'un ordre de service du supérieur et d'un acte illégitime en lui-même accompli par celui auquel cet ordre est adressé, ce qui est derrière l'ordre du supérieur étant, d'après les motifs de l'arrêt, sans importance.

truction d'effets contaminés, répressions d'émeutes — elle détermine, pour ces cas spécialement, la limite de ce qui est possible.

Mais il y a certains moyens de force d'une application générale qui, à raison de leur nature, ont été soustraits aux conséquences qui résulteraient de la nature des choses et qui ont été placés sur des fondements particuliers et formels.

1) Le *dépôt de police.*— Pour remédier aux troubles causés par une personne, il peut devenir nécessaire d'attenter de force à sa liberté. Il y a déjà quelque chose d'analogue dans tout empêchement apporté à la libre circulation ; il peut aussi être nécessaire d'éloigner de force une personne de l'endroit où elle se trouve, et même de l'enfermer pour un certain temps

C'est ce dernier procédé qui semble se recommander tout spécialement aux officiers d'exécution de police comme le moyen le plus simple et le plus radical, attendu que leurs attributions en matière de justice pénale mettent déjà à leur disposition les locaux nécessaires.

Cependant, les lois se sont emparées de ce moyen de force et l'ont réglé d'une manière spéciale et expresse (12). Elles déterminent surtout les conditions dans lesquelles une arrestation et une détention de cette espèce sont possibles en matière de police. Ces conditions sont formulées d'une manière plus ou moins large ; elles embrassent tantôt toutes sortes de troubles pouvant être écartés par l'usage de la force contre la personne qui les cause, tantôt seulement certaines espèces de troubles plus graves. Elles déterminent également — et c'est ce qu'il y a de plus important dans leurs prescriptions — la *durée* de la détention.

(12) Preuss. Ges., 12 févr. 1850, § 6 ; Bad. Pol. Stf. G. B., § 30, al 3 : Bayr. Ausf. Ges. z. Stf. Pr. O., art. 102. Comp. pour l'ensemble de cette législation, *Seuffert*, dans Wörterb., I, p. 690.

Digitized by Google

Considérée au point de vue de la nature des choses, cette détention de police devrait prendre immédiatement fin dès que le but de la police est atteint ; par contre, elle devrait durer aussi longtemps que le danger du trouble existe. Combien de temps la détention durera-t-elle ? La législation, naturellement, n'a pas voulu abandonner ce point à la libre appréciation des agents de police ; elle a tracé les limites d'une manière formelle. La détention dans le dépôt de police ne peut avoir lieu que pour un court délai fixé.

Il faut que la personne mise en dépôt soit relâchée après 24 heures, 48 heures ou « dans le courant du lendemain au plus tard », alors même que le danger du trouble à combattre — et à raison duquel l'arrestation a eu lieu — continueraient encore. La mise en liberté peut être contrariée par un mandat d'arrêt lancé par le juge ou par l'exécution d'une peine privative de la liberté ; ce sont d'autres questions. Au point de vue de la police, la contrainte est terminée. Il n'en pourra y avoir une nouvelle que lorsque se présenteront des causes nouvelles.

D'un autre côté, ce délai fixé existe également au profit de la police ; il lui évite d'observer scrupuleusement et d'une manière gênante les limites naturelles de la controverse. L'homme s'est peut-être calmé tout à fait ; il est de toute vraisemblance qu'il se soumettra maintenant à l'ordre ; logiquement, la contrainte devrait cesser immédiatement. Ou bien la possibilité extérieure du trouble a disparu ; les mesures de police, les travaux que l'homme pouvait empêcher ou gêner ont été achevés ; l'objet de ses attaques s'est éloigné. Pourtant, la prolongation de la détention jusqu'à l'expiration du délai n'est pas une illégalité. La crainte vague que l'individu puisse cependant recommencer, l'impossibilité de constater, sans une instruction minutieuse, qu'en réalité il ne pourrait plus rien

faire de mal, les lenteurs inévitables des formalités à remplir, le détenu devant être amené à un fonctionnaire déterminé, etc., tout cela pourra retarder la mise en liberté. La détention ne devient illégale qu'autant qu'il y a mauvaise volonté du fonctionnaire. La loi a abandonné l'individu au pouvoir de police pour un court délai ; il y a là — on ne saurait le méconnaître — l'idée d'une peine méritée (13).

Lorsque les conditions légales particulières de l'arrestation et de la mise au dépôt de police ne sont pas indiquées, les moyens de force de ce genre ne sont pas complètement exclus. Cela est surtout important pour les législations qui restreignent le cercle de ces conditions, ou qui même ne l'admettent, comme la loi bavaroise, que pour empêcher des faits punissables. Dans la mesure où, selon les principes généraux, l'usage de la force en lui-même est admis (comp. § 23, III, et § 24 ci-dessus), la liberté de la personne, quand le but poursuivi l'exige, n'est plus sacrée. Dès lors, en particulier pour la défense administrative et dans l'intérêt propre de cette personne, l'arrestation sera toujours possible. Seulement — et c'est là la grande différence — la force n'est pas ici réglée formellement ; seules les nécessités du but la justifient quant à sa durée. Ce qui excède cette nécessité devient immédiatement un tort (14).

(13) *Eisenlohr*, Bad Stf. G. B., p. 184, prétend que le délai légal est simplement le maximum dans les limites duquel ce qui est juridiquement possible se détermine par la nécessité. Il en trouve la preuve dans la prescription du § 77, d'après laquelle des personnes ivres ayant causé des désordres doivent, par exception, être retenues non pendant quarante-huit heures entières, mais seulement pendant vingt-quatre heures. La loi, d'après lui, exprimerait ainsi sa volonté que la contrainte devra cesser dès que l'individu sera dégrisé ; pour cela, il suffira d'un délai de vingt-quatre heures. Mais le législateur ne peut pas avoir prévu une véritable ivresse de vingt-quatre heures ; il y a donc encore ici un certain excédent avec une légère couleur de pénalité.

(14) Dans une instruction générale du ministre de l'intérieur pruss. (Min. Bl., 1879, p. 71), il est dit : « Le pouvoir des autorités de police

2) *Pénétrer dans le domicile* d'une personne est une manifestation de la force qui s'ajoute accessoirement à différentes espèces d'activités de la police ; peu importe que l'activité principale et représentant le but poursuivi soit ou non, en elle-même, un usage de la force.

C'est le fait de pénétrer et de séjourner dans le domicile d'un individu sans son consentement. Il y a consentement tacite de la personne, lorsque les locaux ont été destinés par elle à une certaine circulation. Ce consentement général peut être aussi invoqué par les agents de police. Mais ceux-ci, selon les circonstances, sont aussi autorisés à y pénétrer et à y séjourner malgré l'individu.

La législation n'a pas abandonné, non plus, ce pouvoir aux conséquences logiques des principes généraux de la contrainte de police ; elle l'a délimité formellement. Elle l'a fait en imitant les règles de la procédure criminelle sur la police judiciaire, de manière à tracer les limites de ce pouvoir d'une façon beaucoup plus restrictive que cela ne résulterait de l'application pure et simple des principes généraux.

Cette délimitation tend surtout à une protection

de garder au dépôt de police des personnes qui peuvent être expulsées d'après les §§ 361 et 362 Stf. G. B., tant que la réalisation de l'expulsion par transport n'est pas devenue possible faute du consentement de l'Etat d'origine, est incontestable. Il y a lieu de prendre en considération non seulement les prescriptions du § 6 de la loi pour la protection de la liberté individuelle du 12 févr. 1850, mais encore les pouvoirs dont l'Etat, d'après les principes du droit des gens, peut faire usage contre des étrangers dans l'intérêt public ». Il sera procédé de la même manière contre les mendiants, vagabonds, etc., « quand il s'agit encore de statuer définitivement sur leur placement ». L'usage de la force va ici un peu loin, mais son admissibilité en droit ne saurait être contestée. La personne elle-même représente, dans ces cas, le trouble du bon ordre, trouble qui doit disparaître de la scène de la liberté commune. Il n'y avait pas, il est vrai, à invoquer ici les principes du droit des gens ; entre la puissance publique et l'individu — étranger aussi bien que mendiant — c'est non pas le droit des gens qui vaut, mais le droit administratif.

rigoureuse du domicile contre l'entrée de la police pendant la nuit.

Pendant le jour, les agents de police sont libres de pénétrer dans le domicile, quand ils y sont appelés par des *actes de leur fonction qui doivent s'y accomplir*: notifications d'ordres de police, arrestations, changements et démolitions par la voie d'exécution de police par contrainte, etc. La délimitation de ce pouvoir se fait d'une manière plus précise par son contraire, à savoir : *regarder* simplement et *voir* s'il y aura à accomplir un acte de leur fonction.

De semblables recherches pouvant être augmentées arbitrairement en nombre et en intensité, il y a là un danger contre lequel il convient de protéger la paix du domicile. Ces recherches ne sont possibles qu'en vertu d'une autorisation spéciale de la loi (15). Pour les besoins de l'instruction criminelle, existe la *perquisition* avec toutes ses formes (Stf Pr. O., § 102, 103). Pour que la police puisse surveiller et prendre des renseignements, différentes lois spéciales l'autorisent à s'introduire dans le domicile des individus (16). Mais la justice n'a pas, à cet égard, un pouvoir général et sous-entendu.

(15) La loi du 12 févr. 1850, § 7 (Prusse), ne permet de pénétrer dans le domicile qu'en vertu « d'un pouvoir résultant d'une qualité officielle ou d'une commission de la part d'une autorité ayant l'autorisation légale ». Si l'on voulait, avec *Foerstemann*, Pol. R., p. 439, admettre comme fondement suffisant, dans le sens de cette loi, l'autorisation si large contenue dans A. L. R., II, 17, § 10, cette forme d'usage de la force, en dépit du texte si sévèrement restrictif de la loi, serait sans limites. Mais les tribunaux maintiennent la restriction dans le sens indiqué ci-dessus : ils ne considèrent pas les autorisations générales comme suffisantes pour légitimer la recherche dans un logement privé. R. G., 24 sept. 1880 (Samml. Stf. S., II, p. 249 ; O. V. G., 8 nov. 1876 (Samml., I, p. 375).

(16) Exemples d'autorisations spéciales : loi de l'Emp , 14 mai 1879, §§ 2 et 3, touchant les locaux dans lesquels des aliments sont fabriqués, conservés ou mis en vente ; Gew. O., § 139 *b*, relatif à l'inspection des fabriques ; la législation particulière ajoute : l'inspection des cheminées, la visite des logements insalubres, l'inspection des pharmacies.

Sont exceptés de ces limites protectrices, d'une manière générale, les locaux qui, quoique appartenant à un particulier, sont cependant, selon la destination qui leur a été donnée, accessibles au public : auberges, théâtres, salles de danse, salles de concert, etc. Tant qu'elles ont ce caractère, elles l'ont aussi pour la police, et même dans un sens plus prononcé. Les agents de la police ont le droit d'y entrer non seulement pour accomplir un acte de leur fonction, mais encore pour exercer simplement une surveillance et pour s'informer. L'entrepreneur, il est vrai, peut, après avoir ouvert ses locaux au public, apporter des exceptions et en refuser, par exemple, l'accès à un individu quelconque ou lui enjoindre de sortir : il y aurait violation du domicile à ne pas se soumettre à ces exceptions. Mais cela ne s'applique pas à l'agent de police dont le droit est absolu. C'est ce qui fait l'importance juridique de la notion de ces « locaux accessibles à la police » (17).

Pendant la nuit, l'entrée de la police est soumise à de nouvelles restrictions. Nous faisons encore abstraction de la perquisition appartenant à la sphère de la police judiciaire (Stf. Pr. O., § 104).

Pour la police pure, il ne suffit pas qu'elle ait quelque chose à faire dans la maison. Il faut que quelque chose d'extraordinaire s'y passe qui appelle son action immédiate ; sinon, la police doit attendre qu'il fasse jour.

Il peut y avoir un cas de *nécessité urgente* qui justifierait l'entrée de force par un particulier : incendie, inondation, danger de mort pour les habitants de la maison qu'il s'agit de sauver ; voilà les exemples prin-

(17) *Oppenhoff*, Stf. G. B. sous le § 143, n. 11 ; *H. Seuffert* dans Wörterb., I, p. 292. Le droit de la police sur les locaux ouverts ne comprend pas les perquisitions intérieures, ni les saisies ou les prélèvements d'échantillons ; il faudrait, pour cela, un titre spécial.

Digitized by Google

cipaux ; mais il peut y avoir d'autres cas d'une nature semblable.

En outre, on reconnaît qu'un motif formel justifiant l'entrée de la police sont les *cris de détresse* partis de la maison. Il n'est pas nécessaire que ce soit le maître du logement qui appelle la police. Tous ceux qui s'y trouvent soit à juste titre, soit à tort, ont la faculté d'amener cette compétence de la police. Les cris n'ont pas besoin de sortir de la maison, il suffit que celui qui appelle vienne de là. Le secours invoqué ne peut consister que dans un acte urgent rentrant dans la fonction de l'agent. Mais il n'est pas nécessaire que l'agent soit désigné distinctement et spécialement par le cri de détresse, ni que la police soit appelée expressément. Le cri : « Au secours ! » ou mieux seulement : « La police ! » est un motif suffisant pour pénétrer (18).

Les « locaux ouverts à la police » ayant cette qualité en temps de nuit sont exposés, par cela même, aux entrées de la police, même pendant la nuit, tant qu'ils restent ainsi ouverts. Après la clôture de l'auberge et le départ des clients, la maison est protégée comme une autre.

3) Le moyen le plus efficace pour venir à bout d'un individu, c'est *de faire usage des armes*. Ce moyen est permis, d'une manière inégale, au personnel servant à la contrainte de police.

Le point de départ de toute cette théorie doit être pris dans le fait que l'usage des armes, par ses effets, excède les limites dans lequelles se tient, en principe, la contrainte de police. La force, en effet, doit écarter

(18) Loi du 12 févr. 1850, § 8 (Prusse) ; *V. Roenne*, Preuss. St. R., II, p. 50, note 4. Il va sans dire que l'autorisation de faire des recherches peut comprendre tacitement l'autorisation d'entrer pendant la nuit, quand le fait que la loi veut faire surveiller doit se passer justement pendant la nuit, par exemple, une fabrication.

le trouble, empêcher celui qui l'a causé de continuer; elle ne doit pas lui infliger un mal qui subsistera après que le trouble aura disparu. L'usage des armes, par sa nature, amène toujours un mal de ce genre. Dès lors, à la différence des deux moyens de force dont nous venons de parler, celui-ci n'est pas admis dès que l'usage de la force, en général, est devenu possible. Il faut un fondement juridique pour que l'on puisse choisir ce moyen rigoureux.

Ce fondement peut résider dans le *droit commun de la légitime défense*. Les cas dans lesquels l'usage de la force est admis pour la contrainte directe en matière de police, surtout ceux de la défense administrative et de l'empêchement de faits punissables, ne coïncident pas nécessairement avec la légitime défense. C'est par extraordinaire que l'agent de police se trouve dans la situation prévue par le Code pénal d'avoir à repousser une attaque illégale faite contre lui-même ou contre un tiers. Dans cette hypothèse, le but de la police est au second plan ; la mesure de la force à employer, ainsi que la possibilité de l'usage d'une arme qu'on a sous la main, se règlent d'après les principes qui existent pour tout le monde au cas de légitime défense. Il n'y a pas ici de particularités de droit administratif. Sans influence est le fait que le fonctionnaire, en prévision des attaques auxquelles il pourra avoir à résister dans l'accomplissement de son service, a été muni d'une *arme d'ordonnance*. Cela équivaut à l'instruction de service de ne pas se servir, autant que possible, d'autres armes ou instruments que de l'arme d'ordonnance. Dans les rapports avec les tiers, il devient en même temps plus vraisemblable qu'il sera fait usage d'une arme, puisqu'une arme est toujours sous la main. Toutefois, l'usage d'un instrument moins dangereux ne sera jamais illégal vis-à-vis de l'adversaire ; l'usage d'une

arme plus grave semblera peut-être justifié par les principes de la légitime défense. Le fait d'être muni d'une arme d'ordonnance n'implique, pour l'agent de police, aucune particularité vis-à-vis du droit commun de la légitime défense.

Mais, en outre, il y a des *règles spéciales pour l'usage des armes* ; ces règles ont été établies expressément par la loi (19).

Partout, la loi vise, en première ligne, les cas où la gendarmerie doit faire usage de son arme d'ordonnance.

Pour désigner ces cas, on est d'accord pour l'essentiel, sauf quelques divergences dans le détail. Le gendarme doit se servir de son arme : pour se défendre lui-même ou pour défendre des tiers contre des attaques effectives ou des menaces sérieuses ; pour vaincre la résistance par voies de fait ou menaces, résistance qui met obstacle à l'accomplissement de son devoir de procéder à une arrestation, de maintenir un poste, etc. ; et, selon quelques législations, pour empêcher l'évasion de la personne arrêtée.

Ces pouvoirs spéciaux de se servir de l'arme — la chose est évidente — excèdent, en plusieurs points, le droit de légitime défense ; briser la résistance, empêcher l'évasion, etc., cela ne rentre plus dans la légitime défense. D'un autre côté, l'usage de l'arme, comme nous venons de le voir, n'est jamais compris dans le droit de contrainte qui appartient à la police comme moyen naturel de l'usage de la force. Il s'ensuit que ces pouvoirs spéciaux se restreignent à la mesure que la loi leur a donnée. Le droit de légitime

(19) Le modèle commun se trouve dans Preuss. Dienstinstruction f. d. Gendarmerie, 30 déc. 1820, § 28. Comp. Bayr. Verord., 24 juillet 1868, §§ 74 et 75 ; Württemb. Instr., 5 juin 1823, §§ 48 et 49 ; Sachs. Verord., 14 juin 1855, § 1 ; Bad. Ges. über d. Gendarmerie, 31 déc. 1851, § 36. L'ensemble de cette législation dans *G. Meyer* dans Wörterbuch, II, p. 850.

Digitized by Google

défense subsistera dans toute son étendue au profit du gendarme, en tant que cela peut lui être utile (20). Mais le pouvoir d'user de l'arme en dehors de ces cas ne peut être accordé que par une loi ou une ordonnance légale, et non par une instruction de service (21).

Un ordre de service même exprès du supérieur ne peut pas autoriser le gendarme à se servir de l'arme dans une mesure plus grande et dans des cas autres que ceux que la loi a permis; il y a ici une règle concernant directement son action personnelle. Il n'y a pas d'ordre qui puisse couvrir sa contravention (22).

Ces pouvoirs spéciaux, le fonctionnaire ne peut pas non plus les exercer au moyen d'autres armes que celles désignées par la loi, « les armes qui leur sont confiées », les armes d'ordonnance.

Enfin, ce pouvoir n'appartient pas à tout officier d'exécution de police, pas même à tout officier d'exécution que l'autorité jugera à propos de munir d'une arme (23). La délimitation de la catégorie des fonc-

(20) Le droit de légitime défense est expressément réservé au gendarme dans Verord. d. Min. d. I., 17 juin 1867 (Saxe), où l'on ajoute avec raison que cela va de soi.

(21) Dès lors, la validité de l'instruction ministérielle württemb. prétendant régler la question de sa propre autorité pourra être contestée. Comp. *Van Calker*, Recht. des Militärs z. adm. Waffengebrauch, p. 17, p. 39. L'auteur va seulement trop loin quand il prétend que la loi doit régler directement cette question, ne peut pas faire de délégation, et même que ce règlement ne peut se faire que dans le Code pénal ou dans le Code d'instruction criminelle. Les lois s'entendent cependant entre elles.

(22) Comp. la note 11 ci-dessus. D'après la Preuss. Instr. de 1820 (comp. aussi Bayr. Verord. de 1868), « les gendarmes ont le droit de se servir des armes qui leur sont confiées, même sans l'autorisation de l'autorité supérieure, quand etc. » *Seydel*, Bayr. St. R., V, p. 21, veut entendre cela en ce sens qu'*avec* l'autorisation de l'autorité supérieure l'usage des armes pourrait avoir lieu même sans cela, c'est-à-dire en dehors des cas spécialement indiqués. Mais l'instr. prussienne, évidemment, n'a pas voulu créer un semblable droit d'autoriser l'usage des armes, elle ne fait que renvoyer à la possibilité d'une pareille autorisation qui, à l'époque, était donnée dans la plénitude de la puissance d'autorité du régime de la police, mais qui aujourd'hui n'existe plus.

(23) Preuss. Min. d. I., 13 juillet 1823 et Allerh. Erl. du 4 février

tionnaires autorisés, telle qu'elle est donnée par la loi elle-même, est seule décisive. Elle vise, en première ligne, les gendarmes. Quand la loi ne parle que de ceux-là, une interprétation extensive au profit d'autres catégories de fonctionnaires ayant un nom différent n'est pas exclue. Ce qu'il faut seulement c'est que, malgré cet autre nom, ils désignent matériellement la même chose que la gendarmerie. Cette identité essentielle ne résulte pas du fait que l'agent est muni d'une arme d'ordonnance; la condition dont dépend le droit particulier du gendarme et qui fait que ce pouvoir s'étend à d'autres catégories de fonctionnaires, c'est le fait d'être *organisé militairement*. Le privilège accordé à la gendarmerie de l'usage des armes en matière de police existe ordinairement — et, en partie, avec des formes plus sévères — au profit des sentinelles, postes et patrouilles militaires (comp. III ci-dessous). Quand la gendarmerie fut détachée comme troupe spéciale pour le service de la police, il fut entendu tacitement, lorsqu'on ne l'a pas dit expressément — que les particularités de l'usage de la force militaire seraient aussi conservées pour son service de sûreté intérieure (24). La loi réglant ce privilège par des prescriptions expresses vise précisément le cas spécial d'hommes de police organisés militairement. Il n'y a donc pas de difficultés pour appliquer ces règles partout où se retrouve cette qualité décisive.

1854 (Min. Bl. d. I., 1854, p. 69) voudrait, il est vrai, étendre à tous les fonctionnaires exécutifs de la police le droit spécial qui appartient aux gendarmes de se servir de leurs armes. Mais parmi ces fonctionnaires figure aussi, par exemple, le veilleur de nuit (O. Tr. 22 déc. 1858) : doit-il pouvoir manier sa hallebarde d'ordonnance en vertu de ce privilège ? Tel n'est pas le droit existant.

(24) Ainsi, le Preuss. Gendarmerie edict du 20 juillet 1812 s'est contenté de dire que la gendarmerie a un costume et des armes militaires (§ 64) : le privilège de l'usage des armes allait alors de soi. Ce n'est qu'en 1820 qu'il fut réglé expressément. Els. Lothr. Ges., 20 juin 1872, § 2, déclare simplement les règles sur l'usage d'armes militaires en temps de paix applicables à la gendarmerie.

Digitized by Google

Tel sera surtout le cas pour les agents de la sûreté militairement organisés des grandes villes. Lorsque cette qualité n'existe pas, une interprétation extensive ne doit pas avoir lieu. Seule une prescription spéciale de la loi pourrait établir, pour un cercle de fonctionnaires plus étendu, le privilège de l'usage des armes.

III. — C'est l'*armée permanente*, le *miles perpetuus*, qui a donné aux formations idéales de notre jeune puissance d'Etat leur fondement dans les dures réalités ; la souveraineté intérieure, elle aussi, est son œuvre. Aujourd'hui que l'administration et surtout la police sont depuis longtemps pourvues de moyens de contrainte propre, l'armée et ses ressources inépuisables continuent cependant à servir au maintien du bon ordre de la communauté par l'usage de la force nécessaire. Non seulement l'armée apparaît, au cas de nécessité extrême, comme le dernier moyen de contrainte ; mais encore elle prête une collaboration moins éclatante, quoique beaucoup plus importante, dans le service journalier de *garde de garnison*.

Tout ce que nous venons de dire sur l'usage de la force en matière de police et sur son fondement juridique ne s'applique pas naturellement à cette activité. Le soldat, en effet, n'est pas officier d'exécution de police ; la destination essentielle de l'armée n'est pas de poursuivre des buts de police.

Dès lors, se pose la question de savoir comment se justifie l'usage de la force du militaire contre le sujet, ou, comme l'on dit, en temps de paix. Pour nous, sa possibilité juridique ne résulte pas de ce que, en fait, l'usage de la force du militaire n'est que trop facile à exercer.

Nous avons des lois expresses qui règlent cette matière. Elles forment, en partie, des institutions spéciales, telles que l'*état de siège*, la *répression de l'émeute*. Pour une autre partie, elles règlent, d'une

Digitized by Google

manière générale, l'usage des armes du militaire en temps de paix. Ce sont ces dernières prescriptions qui nous intéressent (25).

Dans ces prescriptions, il est facile de le remarquer, on suppose toujours que le militaire a, *conformément au droit et à son devoir*, manifesté une activité, au cours de laquelle peut intervenir l'usage des armes réglé par les lois, par exemple, arrestations, transports, protection de personnes, de bâtiments, de mesures de toute espèce, cordons, etc. Dès lors, le fondement juridique de ces activités supposées reste en question. Par les prescriptions sur l'usage des armes du militaire, on ne dit pas encore comment et quand le militaire représente, vis-à-vis du sujet, des intérêts de la police et agit pour ces intérêts.

Le soldat invoquera simplement son instruction de service ou l'ordre spécial d'un supérieur. L'obéissance militaire l'empêche de se livrer à tout autre examen ; en même temps, elle le couvre quant aux conséquences pour sa personne. Mais, vis-à-vis du sujet, cela ne constitue pas un titre juridique. L'instruction et l'ordre de service ne peuvent que formuler, appliquer, attribuer le pouvoir déjà existant de la puissance militaire.

L'activité légitime du militaire en matière de police est le résultat de causes diverses. On peut distinguer trois cas principaux d'usage de la force du militaire en temps de paix :

1) Le fonctionnement paisible des services et établissements publics appartient au bon ordre de la chose publique ; écarter, par la puissance d'autorité, les

(25) Preuss. Ges. über den Waffengebrauch des Militärs du 20 mars 1837 a servi de modèle ; les cas dans lesquels l'usage des armes est possible sont ceux que nous avons mentionnés, II, n. 3, ci-dessus, en parlant de l'usage des armes permis à la gendarmerie. Comp. *G. Meyer*, dans Wörterb., II, p. 848 ss. ; *van Calker*, Recht des Militärs z. adm. Waffengebrauch.

Digitized by Google

troubles qui y sont apportés, c'est une partie principale de la police (comp. § 19, I, n. 3 ci-dessus). Cette défense est exercée dans la forme de la contrainte directe par le personnel ordinaire de la police, par les officiers d'exécution de police, ou bien, séparément, par les agents subalternes et les serviteurs du service intéressé : employés du service hydraulique, cantonniers, fossoyeurs, personnel inférieur des tribunaux, etc. Le titre juridique est dans les principes de la défense administrative (comp. § 24, I. ci-dessus). L'armée est aussi un de ces services publics ; elle a même cette particularité de posséder en abondance les forces personnelles pour assurer sa propre défense.

C'est en vertu de ce droit que l'armée protège ses bâtiments de service, ses places d'armes, ses fortifications et tout ce qui s'y rapporte, matériel, instruments, armes, provisions et pièces d'inventaire de toute sorte, munitions, etc. Ce qui peut les endommager ou en entraver l'usage est repoussé avec contrainte directe. Toutes les formes de l'usage de la force peuvent y servir. L'arrestation de la personne de l'agresseur est possible selon les règles de la Stf. Pr. O. à raison du délit commis; mais, même sans cela, elle constitue simplement le moyen d'empêcher, qui est de droit naturel comme nous venons de l'exposer ci-dessus (II, n. 1). Elle est même ici un moyen relativement moins sévère. La loi a, en effet, ajouté ici la permission d'user des armes.

Non seulement les choses corporelles appartenant au grand service public qu'est l'armée sont protégées de cette manière, mais encore sa marche et son fonctionnement. Pour ce fonctionnement, il y a bien des locaux spéciaux ; mais le service fonctionne aussi en marches, haltes, parades, dans les rues et places publiques, refoulant le public, et ne supportant aucun dérangement : nous voyons la rue barrée par

Digitized

des postes qui repoussent à coups de crosse ceux qui avancent; nous voyons l'individu pressé, qui essaie de gagner, à travers la longue file des troupes qui passent, le trottoir de l'autre côté de la rue frappé à coups de plat d'épée. Ce n'est pas, comme on pourrait le croire d'après les apparences, simplement de la violence ; c'est la défense propre d'un service public, très susceptible, il est vrai ; c'est de la police (26).

2) Si ce que nous venons de dire représente une nature de pouvoir de police propre appartenant au service public de l'armée vis-à-vis des sujets, l'armée peut encore être appelée à participer, par l'exercice de sa force, à la police d'autres services, c'est-à-dire à l'activité de la police appartemant à d'autres administrations. C'est alors de la *contrainte de police militaire dérivée*. Son objet et son étendue se déterminent d'après le droit de la branche d'administration à laquelle s'attache l'activité auxiliaire du militaire. Seulement, les conditions et les formes de cette activité auxiliaire ont naturellement dû être fixées d'une manière aussi simple et aussi uniforme que possible, afin que les hommes aient à marcher d'après une ligne nettement dessinée.

Il se peut que d'autres services et établissements aient besoin d'une protection plus forte que celle que leurs propres forces et le personnel ordinaire de la police pourraient procurer ; l'armée leur prête alors des sentinelles et des postes. Cela se fait surtout pour garantir les prisons et autres édifices publics importants. Quant à savoir la part que, dans la contrainte de police, le militaire aura à prendre, cela dépend de l'ins-

(26) Partant, l'usage de la force se trouve ici aggravé par le point d'honneur militaire. Bayr. Garnisonsdienst-Instr. 5 avril 1885, § 12, exige que, suivant le cas, on se serve de l'arme avec la dernière énergie ; car « ce n'est qu'ainsi que la dignité du service militaire est sauvegardée ». Pour la police civile, semblables considérations ne peuvent pas exister.

Digitized by Google

truction de service. Mais le droit de la contrainte, dont l'instruction doit observer les limites, est emprunté au droit de la défense personnelle de l'établissement protégé ; il faut toujours ajouter la forme spéciale de contrainte résultant de l'autorisation donnée par la loi de se servir des armes (27).

Le personnel ordinaire de la police peut aussi, dans le cas individuel, se trouver en présence d'un trouble du bon ordre qui excède ses forces. La loi permet, sous certaines conditions, de réclamer le secours de l'armée ; celle-ci agit alors à côté de ce personnel ou à sa place, mais toujours avec les formes sévères quant à l'usage de la force, qui lui sont propres. Le principal cas est celui de l'intervention du militaire pour combattre des *attroupements* et des *émeutes*. La loi peut y appeler directement l'activité du militaire, abstraction faite d'une réquisition de l'autorité civile. C'est alors du droit spécial.

Il y a aussi des situations moins difficiles, non prévues par la loi et dans lesquelles le personnel de police peut avoir besoin d'un semblable secours. Les sentinelles, postes et patrouilles militaires reçoivent d'habitude l'instruction de prêter main-forte. Leur titre juridique vis-à-vis du sujet est encore, alors, dans le droit qui appartient au fonctionnaire de police qu'elles secourent, de faire usage de la force, bien que ce fonctionnaire, étant donné l'intervention du militaire, perde la direction des mesures de force qui auront lieu (28).

(27) C'est ainsi que le poste militaire, dans une maison de correction, a le droit de faire usage de la force : pour empêcher des tentatives d'évasion et d'effraction, pour réprimer une émeute des prisonniers, pour protéger contre une attaque les fonctionnaires ou employés ou même d'autres prisonniers (Bayr. Specialinstruction, dans *van Calker*, loc. cit., p. 57).

(28) *Foerstemann*, Pol. R., p. 113. Quand, à l'occasion d'un incendie qui a éclaté dans une ville de garnison, les militaires font la haie pour interrompre les communications dans la rue (*Foerstemann*, loc. cit.,

3) Enfin l'usage de la force du militaire contre l'individu peut se justifier par les mêmes causes *qui autoriseraient un particulier* à cet usage. La défense du soldat en service pour repousser une attaque dirigée contre lui-même ou contre d'autres membres de l'armée en service, rentre encore dans la catégorie de la défense administrative (comp. n. 1 ci-dessus). Par contre, le militaire exerce, comme un particulier et selon les principes du Stf. S. B. § 58 al. 2, le secours pour la légitime défense d'un tiers, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'un fonctionnaire en service. De même, les sentinelles, postes et patrouilles sont autorisés par Stf. Pr. O. § 127 à procéder à l'arrestation provisoire dans le cas de flagrants délits, comme tout le monde et non autrement.

Quant à savoir si cela leur est permis au point de vue de leur devoir de service, cela dépend de l'instruction et de l'ordre spécial. Si tel n'est pas le cas, cela n'empêche pas l'usage de la force d'être légitime vis-à-vis de la personne contre laquelle il a été exercé, le droit légal existant en soi. Mais si tel est le cas, alors l'intervention du soldat est protégée par la pénalité de la résistance selon Stf. G. B. § 113, al. 2 ; elle est accompagnée, en outre, du droit de faire usage des armes sous les conditions des lois spéciales qui règlent la matière (29). Les conditions de la possibilité juridique de son intervention continuent quand même à dépendre de ce qui constitue le fondement légal, à savoir : la défense légitime d'après le Code pénal, et

p. 111), cela peut avoir lieu tant dans leur propre intérêt pour aider les travaux des pompiers qui servent à protéger les bâtiments militaires, que pour venir en aide à la police civile. Chacun de ces deux motifs suffit à lui seul. Mais il faut qu'il y ait une cause justificative ; il n'est pas de droit naturel que les militaires puissent barrer n'importe quelle rue.

(29) Cela se fait alors « dans notre service pour le maintien de l'ordre, de la tranquillité et de la sécurité publiques », au sens du § 1 Preuss. Ges. über d. Waffengebrauch, 20 mars 1837.

Digitized by Google

le droit d'arrestation qui appartient à tout le monde. Dès lors, l'arrestation est impossible, lorsque le coupable n'est pas soupçonné de vouloir prendre la fuite et lorsque son identité est constatée. Il n'y a pas, pour le militaire, de droit spécial de procéder à des arrestations pour un délit quelconque. L'instruction elle-même ne peut pas l'accorder.

Ce dernier groupe d'usage de la force militaire ne rentre donc plus dans la sphère du pouvoir de police; il faut appliquer le droit commun en vigueur pour tout le monde, renforcé, pour la manière dont il s'exerce, par des additions tirées du droit militaire.

Digitized

SECTION II

Le pouvoir financier (*die Finanzgewalt*).

§ 26

La loi du budget et le pouvoir financier.

Les *finances* sont les revenus de l'Etat; l'*administration des finances* est l'activité de l'Etat concernant ses revenus. Le *pouvoir financier*, c'est la puissance publique dirigée vers les revenus de l'Etat.

Ce pouvoir n'apparaît pas dans les activités d'économie privée par lesquelles l'Etat peut se créer des revenus, dans les dispositions de droit civil sur les biens de l'Etat et leurs produits, contrats de bail à ferme et de bail à loyer, etc.

Mais nous ne le reconnaissons pas non plus dans tous les rapports de droit public, d'où résulte, pour l'Etat, un avantage pécuniaire. Les amendes et les confiscations, les rétributions pour des jouissances concédées et les droits à la restitutions de deniers publics confiés aux comptables appartiennent à l'ensemble de leurs institutions juridiques spéciales, comme moyens ou comme résultats de rapports préexistants.

Nous n'appelons la puissance publique pouvoir financier que dans le cas où elle agit sur le sujet pour

Digitized by Google

le besoin des revenus de l'Etat, spontanément et en dehors de rapports spéciaux.

Ainsi limité, le pouvoir financier forme la notion supérieure qui réunit toute une série d'institutions juridiques qui la placent à côté du pouvoir de police comme un principe d'une nature essentiellement analogue et ayant avec elle une grande affinité.

Dans l'un et l'autre cas, la puissance publique se manifeste par des effets strictement unilatéraux. Elle se borne à commander, à imposer, à contraindre ; lorsqu'elle semble accorder au sujet quelque chose, c'est tout au plus un relâchement de cette force dominatrice.

Mais, d'un autre côté, les deux pouvoirs présentent, dès le début, une importante différence.

Derrière le pouvoir de police, nous avons trouvé un principe de droit naturel qui aide à interpréter et à compléter le droit de la police : c'est le devoir général de ne pas troubler le bon ordre. L'exercice du pouvoir financier n'a pas ce fondement de droit naturel ; le devoir général du sujet de payer des impôts est une formule dénuée de sens et de valeur juridique.

En revanche, dans l'organisation de l'Etat constitutionnel, on a placé au-dessus de tout le mouvement des finances et spécialement au-dessus de la manifestation la plus importante du pouvoir financier — la perception des impôts — un autre régulateur suprême. C'est le budget de l'Etat ; il est déterminé, à son tour, par le droit budgétaire de la représentation nationale ; il apparaît dans la *loi du budget*.

La signification de cette loi est, dans la doctrine du droit public, l'objet de vives controverses. La plupart des théories auraient pour conséquence logique d'attribuer à la loi du budget un effet juridique, qui agirait fortement sur la sphère du droit administratif.

D'après certains, les articles de la loi du budget sont des *règles de droit*, obligatoires pour l'administration des finances : comme règles de droit, ces articles auraient forcément leur effet direct pour et contre les sujets intéressés aux dépenses et aux recettes ordonnées (1). D'autres appellent la fixation du budget un *acte administratif*.

S'il s'agissait sérieusement d'un acte administratif, nous devrions rechercher les rapports juridiques des sujets qu'il détermine (2). On parle aussi d'une *procuration* (*Vollmacht*), donnée au gouvernement pour percevoir les recettes et faire les dépenses, et qui, comme toute procuration, serait la condition de la validité de ses actes vis-à-vis des tiers, des sujets (3). Ou bien on attribue à cette loi la signification d'une *instruction* pour les fonctionnaires chargés de l'exécution du budget, instruction qui déterminerait les obligations de leurs fonctions (4).

Nous ne pouvons pas laisser de côté la loi du budget sans déterminer exactement l'influence qu'elle est appelée à exercer sur notre matière.

De même que pour la formation de la notion de la loi (comp. t. I, § 5 ci-dessus), le droit constitutionnel moderne s'est inspiré, pour fixer la part de la représentation nationale dans l'administration des finances,

(1) Le représentant principal de cette opinion est *Haenel*, Ges. im form. u. mat. Sinne, p. 291 ss. Comp. la critique de *Laband*, St. R., 4e édit. all. IV, p. 846 ss.; édit. française, VI, p. 381 et s.

(2) Nous rencontrons cette expression surtout chez *Jellinek*, Ges. u. Verord., p. 288 ; *G. Meyer*, St. R., p. 609 ; *Arndt*, dans Arch. f. öff. R., III, p. 540 ss. Mais il faut remarquer que ces auteurs ne pensent pas à un véritable acte administratif ; ce mot, pour eux, doit seulement signifier que la loi du budget n'est pas une règle de droit. Cela n'est pas inexact ; mais cela ne nous dit rien du tout.

(3) V. *Roenne*, Preuss. St. R., I, p. 633, 634 ; v. *Martitz* dans Tüb. Ztschft, XXXVI, p. 271 ; *Seidler*, Budget u. Budgetrecht, p. 221 ss.

(4) *Bornhak*, Preuss. St R., II, p. 59 ss. ; *Arndt*, dans Arch., f. öff. R. III, p. 540 ss. Comp. la critique de *Laband*, St. R., 4e éd. all. IV, p. 497, note 2 ; édit. franç., VI, p. 368 et s.

d'idées juridiques de la période précédente. Dans les Constitutions primitives, cela apparaît dans la réglementation des impôts. Cette réglementation est, en principe, temporaire et ne représente pas seulement, comme la loi constitutionnelle ordinaire, un acte commun édicté pour les sujets de concert avec la représentation nationale et par le gouvernement; elle est considérée comme une *concession* (*Bewilligung*) faite au gouvernement par la représentation nationale. Jamais on ne verrait dans une loi de police, en même temps, la « concession » de mesures de police faite par l'un des facteurs de la législation à l'autre. Mais, dans cette concession d'impôts, revit l'idée des Etats du pays « venant au secours de leur prince avec une somme d'argent » (5). Il est vrai que les formules du nouveau droit constitutionnel nous ont été fournies par la France, directement ou par la voie de la Belgique. Mais, là aussi, on ne saurait méconnaître l'influence des mêmes idées transmises par les anciens Etats (6).

Dès lors, d'après cette manière de voir, nous sommes ici en présence d'un rapport entre le gouvernement et la représentation nationale. Celle-ci est obligée de consentir ce qui est nécessaire pour que l'autre puisse gérer les affaires. Mais, d'un autre côté, elle apprécie elle-même ce qui est nécessaire et ce

(5) Pour l'historique : *Gneist*, Ges. u. Budget, p. 133 ss.; *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 291, *Pfizer*, R. der Steuerverwilligung, va trop loin, quand il trouve que, dans la Constitution de son pays, le « droit de l'imposition autonome du vieux Württemberg » est directement réalisé : Etats et représentation nationale, imposition autonome et consentement à la loi d'impôt sont des choses bien différentes.

(6) *Gneist*, Ges. u. Budg., p. 118, voit dans le droit public français moderne en général, et spécialement en ce qui concerne cette matière, une négation complète de la « continuité du droit ». C'est le contraire qui est vrai. On n'a qu'à citer *Tocqueville*, l'Ancien régime et la Révolution. Pour les origines du droit budgétaire en particulier : *Leroy-Beaulieu*, Science des fin., 6e éd., II, p. 4 ss., et surtout *Desmousseaux* dans le *Correspondant*, tome XXXXII, p. 217 s.

Digitized by Google

pourquoi les impôts doivent être consentis ; elle fait accompagner les deniers d'impôt consentis d'une affectation obligatoire pour le gouvernement. C'est en ce sens que l'on parle d'un *droit* qu'a la représentation nationale de consentir les impôts et qui se développe aujourd'hui, de lui-même, dans son *droit du budget* avec tous ses détails. Dès qu'il s'agit de lever des impôts, il faut soumettre à la représentation nationale un état de prévoyance contenant un tableau des recettes et des dépenses à faire (7). Elle évalue les recettes, constate les dépenses d'après leur objet et leur montant, en tant qu'elle les juge nécessaires ; elle consent les impôts nécessaires pour couvrir la différence. Dès lors, dans toutes les dispositions sur les moyens de l'Etat, on est tenu d'observer les limites des dépenses consenties. Dans chaque dépense, en effet, il y a des deniers d'impôts (8). Dépasser ces crédits, c'est, de la part du gouvernement, une violation du droit de la représentation nationale de consentir les impôts ; cela engage la responsabilité ministérielle.

C'est ainsi que la chose se présente dans les Constitutions primitives. Dans le développement ultérieur, ces idées n'ont fait que revêtir des formes nouvelles. Cela s'est produit surtout sur deux points :

1) La fixation du budget est essentiellement une résolution de la représentation nationale ; le gouvernement, à moins de conflit, n'a qu'à l'accepter (9).

(7) *Leroy-Beaulieu*, Science des fin., II, p. 3 : « L'origine de ces budgets ou états de prévoyance, c'est le droit, qu'a la nation de refuser ou d'accorder des impôts ». Il ne s'agit donc pas de simples mesures de prudence de l'administration des finances. Le véritable motif apparaît, d'une manière éclatante, dans les Constitutions de l'Allemagne du Sud : *Bornhak*, Preuss. St. R., III, p. 575 ss.

(8) *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 399, note 1. Il compare (p. 401 ss.) très justement l'effet du consentement d'impôts qui engage la totalité du budget à celui de la clause d'appropriation du droit anglais.

(9) La Déclaration des droits de l'homme de 1789, art. 14, ne pro-

Digitized by Google

Mais bientôt l'usage a prévalu de donner à cet accord la forme d'une loi et de le publier comme telle (10). Des textes de chartes constitutionnelles plus récentes ont prescrit expressément cette forme (11). La signification juridique de l'acte n'est pas changée pour cela. La loi de finances ne doit exprimer autre chose que le droit budgétaire de la représentation nationale, tel qu'il est compris dans le système constitutionnel. Aussi, gouvernement et représentation nationale, en traitant ultérieurement du budget, ne se font-ils pas scrupule d'abandonner la forme de la loi, qu'elle soit prescrite ou choisie volontairement : par une inconséquence apparente, il est procédé, par de simples résolutions de la représentation nationale, à l'approbation des comptes sur l'exécution du budget, à la

clame, comme droit des citoyens, que celui « de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement et d'en suivre l'emploi ». Dans cette maxime, qui contient toute l'essence du droit budgétaire, il n'est pas question de loi. Une *loi* du budget n'est mentionnée que dans la Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 45. C'est que, d'après cette Constitution, tous les actes du Corps législatif — qui est aussi appelé à fixer le budget — doivent porter le nom de lois. La Constitution de Reuss A. L. ne connaît que des consentements périodiques d'impôts ; elle ne connaît pas de loi du budget. On publie tous les ans une loi sous le nom de « Patente concernant les contributions à payer dans l'année... ». Elle n'indique que le taux des impôts consentis. En même temps, le texte « du budget fixé en recettes et dépenses » est imprimé ; mais ceci seulement à titre de « communication ». Toutefois, le gouvernement est lié par ce plan, aussi bien que, ailleurs, par la loi du budget.

(10) La Const. Bav. ne connaît pas de loi du budget ; néanmoins, on propose le budget comme « partie d'une loi de finances » : *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 389. La Saxe qui, par sa Constitution, est dans le même cas, publie une « loi de finances » contenant le total des recettes et dépenses fixées et, de plus, le consentement des impôts ; *Loebe*, Staatshaushalt des Kgr. Sachsen, p. 45 ss.

(11) C'est surtout le cas dans les Constitutions qui ne supposent pas de consentement périodique des impôts (Const. de la Prusse, Const. de l'Empire) ; aussi y a-t-il ici une raison spéciale, dont nous parlerons tout à l'heure. Lorsque l'un et l'autre sont prescrits — consentement périodique des impôts et loi du budget — cette dernière n'est quelquefois publiée que dans un extrait et pour note ; évidemment, pour l'effet à produire, il suffit du consentement des impôts pour ce budget. Ainsi, par exemple, Schwarzburg-Rudolstadt.

Digitized by Google

décharge du gouvernement et même à la régularisation de dépenses ayant dépassé les prévisions (12). Ici, la nature des choses veut simplement qu'en matière de budget, la représentation nationale agisse *à l'encontre* du gouvernement et non pas, comme dans une loi qui produit un effet extérieur, par des règles de droit, par des actes administratifs, par des autorisations de vendre, etc., *avec* le gouvernement.

2) La force obligatoire du budget, une fois fixée, repose originairement sur le consentement d'impôts qui y est attaché. Il est logique que les impôts soient consentis pour la période restreinte pour laquelle le budget doit être valable. Le fait que l'une ou l'autre classe d'impôts devient stable — ce qui surtout arrive pour les impôts indirects — n'empêche pas ce système de fonctionner.

La limite de dépenses fixée par le budget reste obligatoire aussi longtemps qu'il y a encore des impôts consentis en vertu de cette fixation pour couvrir les nécessités.

Le seul résultat est un certain affaiblissement du système. La forme originaire contenait, pour le gouvernement, une contrainte juridique double : en faisant des dépenses non reconnues, il viole le droit de la représentation nationale ; et en levant des impôts qui ne sont pas consentis chaque fois à nouveau, il viole, en outre, le droit de chaque contribuable individuellement selon l'effet de la réserve constitutionnelle de la loi. Ce dernier côté, avec l'extension des impôts permanents, perdra son importance. L'autre côté ne changera pas.

Mais ce second côté peut disparaître complètement ;

(12) Régularisation de dépenses faites en dehors du budget par de simples résolutions : *Laband*, St. R., 4e édit. all., IV, p. 503 ; édit. fr., VI, p. 303 ; de même, pour un bill d'indemnité : *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 437.

Digitized by Google

et, par conséquent, la connexité du droit de consentir les impôts et du droit budgétaire peut s'évanouir. Tel est le cas lorsqu'il devient de principe que tous les impôts soient permanents, consentis une fois pour toutes. Alors disparaît la cause juridique qui, originairement, a donné au budget sa force obligatoire pour le gouvernement.

Mais alors la clause de la charte — qui, sans cela, est superflue — d'après laquelle le budget doit être fixé dans la forme d'une *loi*, acquiert une importance souveraine (13). Elle n'est autre chose que la *reconnaissance directe du droit budgétaire* qui, sans elle, n'existerait pas. Quel est ce droit budgétaire ? En tout cas, ce n'est pas un droit nouveau. Ni la charte belge, ni celle de la Prusse qui l'imite, ni celle de l'Empire — qui, de son côté, suit cette dernière — n'ont prétendu mettre au monde, par leurs formules peu claires, une idée nouvelle fondamentale. Elles ne veulent que confirmer le droit budgétaire, tel qu'il est donné dans l'organisation commune de l'Etat constitutionnel.

Or, cette clause porte :

Le gouvernement est obligé de soumettre le budget à la représentation nationale — même quand il n'y a pas à donner spécialement un consentement d'impôts — afin que ce budget soit fixé dans la forme d'une loi. — Et encore :

Le gouvernement est lié, vis-à-vis de la représentation nationale, au budget fixé, de manière à ne pas pouvoir dépenser les deniers publics pour autre chose et pour des sommes supérieures à ce qui est prévu dans ce budget, absolument comme si un consentement d'impôts avait été fait sur cette base (14).

(13) Const. Pruss., art. 99 ; Const. de l'Empire, art. 69.

(14) Puisque cette loi ne doit pas avoir d'effet extérieur, on peut bien s'abstenir d'en publier les détails ; entre le gouvernement et la représentation nationale qui l'ont faite, ces détails produiront quand même leur effet : *Laband*, St. R., IV, édit. all., p. 497 ; édit. fr., VI, p. 292. Logi-

Ainsi, l'importance de la fixation du budget est partout la même dans toutes nos Constitutions; elle est partout celle qu'on avait primitivement en vue. On peut ajouter à cette fixation, pour figurer dans le même acte législatif, toute sorte de choses: des dispositions d'ordre administratif, telles que des règles de droit administratif concernant l'exécution du budget, des instructions pour les fonctionnaires, des autorisations de vendre des immeubles de l'Etat; ou des dispositions d'ordre constitutionnel ou politique, telles que des manifestations pour ou contre un ministère. Nous devons faire ici abstraction de tout cela. Nous devons nous en tenir à ce qu'il y a, dans cette fixation du budget, d'essentiel et de constant. Quel est, d'après cela, le caractère juridique de l'acte?

La loi du budget ne présente, par son contenu, qu'un compte, un devis, un *plan* de l'exercice futur. Le gouvernement, placé vis-à-vis de la représentation nationale comme administrateur responsable des deniers publics, manquerait à son devoir s'il voulait procéder sans ce plan. Mais ce plan, il pourrait le faire seul (15).

Ce qu'il y a de particulier, c'est que ce plan doit

quement, on ne devrait rien publier du tout, parce que cette « loi » ne vise pas les sujets; mais par respect pour le nom de loi, on fait un simulacre de publication. *Haenel*, Ges. im form. u. mat. Sinne, p. 292, proteste énergiquement contre ceux qui veulent « construire sur la même forme » le droit budgétaire de la Saxe et de la Bavière d'un côté, celui de la Prusse et de l'Empire de l'autre; ce sont, d'après lui, des « types différents dans le principe ». Mais la différence ne concerne pas ce qui est l'essentiel: au point de vue de l'effet pratique, elle ne se fait même pas beaucoup sentir dans cette question de forme, à laquelle *Haenel* attache tant d'importance: comme nous l'avons vu (comp. la note 10 ci-dessus), en fait, ce budget reçoit partout la forme d'une loi.

(15) *Laband*, St. R., 1re édit. all., III, p. 353, avait encore défini le budget de l'Empire simplement comme « un programme de l'administration de l'Empire, établi par les organes suprêmes du pouvoir de l'Empire ». Ce droit budgétaire assez affaibli a été critiqué avec raison par *Haenel*, Ges. im form. u. mat. Sinne, p. 310 ss.

Digitized by Google

être accompagné d'une déclaration de la représentation nationale *approuvant* ses articles.

Cette approbation est d'abord une constatation et une attestation de la nécessité des dépenses qui y sont portées ; elle a pour effet juridique de *décharger d'avance* le gouvernement de sa responsabilité matérielle vis-à-vis de la représentation nationale, s'il s'y conforme (16).

Mais cette constatation préalable est, en même temps, une *condition de forme* imposée par la Constitution au gouvernement vis-à-vis de la représentation nationale. Le gouvernement lèse le droit de cette dernière et se rend responsable vis-à-vis d'elle, quand il veut procéder à la gestion financière sans cette constatation préalable ou en dehors d'elle (17).

Quant aux détails de cette responsabilité, à la façon

(16) En ce sens, *Laband*, St. R., 2e édit. all., p. 1001, 4e édit. all., p. 497 ; édit. franç., VI, p. 292 ; mais l'importance juridique de la fixation du budget se restreint, d'après lui, à cet effet. Il ne s'agirait donc que d'un moyen de tranquilliser des ministres ayant horreur de leur responsabilité. Si les ministres ne réussissent pas à obtenir une loi du budget, quelle en sera la conséquence ? « Le gouvernement n'est pas obligé de suspendre son activité administrative ; mais il exerce cette activité sous sa propre responsabilité » (*loc. cit.*, 4e édit. all., IV, p. 509 ; édit. franç., VI, p. 314 et 315). Qu'il l'exerce raisonnablement, et tout est parfait. Sur ces bases, il nous est donné (4e édit. all., p. 570 ss. ; édit. fr., VI, p. 314 et s.), tout un guide d'administration sans loi du budget. Dans le même sens, *Bornhak*, Preuss. St. R., III, p. 601, propose, comme conséquence unique de l'absence d'une loi du budget, que, « désormais, les autorités auront à apprécier et à décider souverainement quelles dépenses dans l'intérêt de l'Etat elles ont à faire ou à ne pas faire ». Cela, estime-t-il, est très désagréable.

Cette doctrine est évidemment insuffisante. Le droit budgétaire qui, en réalité, est en vigueur dans toute l'Allemagne, a un caractère plus sérieux.

(17) *Jellinek*, Ges. u. Verord., p. 292 ss. appelle le budget constitutionnellement établi « la condition de l'administration financière au point de vue du droit ». Mais contrairement à ce que nous venons d'exposer, il entend par là que la validité juridique des actes de l'administration financière — et, par suite, leur effet extérieur — dépend de l'accomplissement de cette condition. *Zorn*, dans Annalen, 1889, p. 392, et *Laband*, St. R., édit. all., IV p. 536 ; édit. franç., VI, p. 364, lui opposent, avec raison, que cela revient au système combattu par *Jellinek* lui-même, et d'après lequel la fixation du budget

Digitized by Google

dont elle est mise en jeu, dont elle peut être couverte, cela dépend évidemment du droit constitutionnel seul.

Ce sont des questions internes des grands pouvoirs constitués. Elles ne concernent ni les tiers, ni les sujets, ni les fonctionnaires personnellement.

Que le gouvernement soit devenu responsable ou non, la validité de son acte de gestion vis-à-vis des tiers dépend exclusivement de l'ordre juridique qui règle les rapports de ces derniers avec l'Etat, soit le droit civil, soit le droit administratif.

C'est seulement d'une manière indirecte que la loi du budget exerce une influence sur le droit administratif. Son contenu forme la matière des instructions à donner aux fonctionnaires qui seront chargés de

serait l'autorisation nécessaire pour rendre la gestion du gouvernement juridiquement possible et valable.

Laband, *loc. cit.*, édit. all., p. 538 ; édit. franc., VI, p. 367, ajoute que la théorie exposée par moi n'en diffère pas au fond ; l'attestation dont je parle ne serait autre chose que l'autorisation constitutionnellement nécessaire ; ce serait seulement une expression moins précise. Mais « attestation » me semble être une expression très précise ; elle a été choisie à bon escient pour éviter l'équivoque qui s'attache, comme on le voit, au mot autorisation. Autoriser quelqu'un, cela s'entend trop facilement dans le sens de le rendre capable de produire un effet juridique ; ce qui serait faux ici. Mais, abstraction faite de l'effet extérieur, il serait également faux de ramener le pouvoir du gouvernement de gérer les finances à une autorisation de la représentation nationale. Cela peut se dire dans les pays où la souveraineté nationale et le gouvernement parlementaire forment la base de la Constitution (*Boucard et Jèze*, Eléments de la science des fin., 2e édit., I, p. 165 ss). Mais en Allemagne, le gouvernement reçoit l'autorisation de gérer les finances directement de la Constitution même. La constatation préalable de la nécessité des dépenses n'est qu'une formalité à observer à l'occasion de cette fonction, une condition de forme, comme nous le disions. Notre définition renferme tout ce que *Laband* attribue à la fixation du budget, en y ajoutant un élément nouveau qui doit être indispensable. Naturellement, toute l'importance juridique de cet acte se concentre sur les dépenses. *Laband*, *loc. cit.*, édit. all., p. 538, édit. franç., VI, p. 368, me reproche que, d'après ma définition, le côté des recettes « tombe dans le vide ». Mais il me semble qu'il n'en est pas autrement dans son système (loc. cit., édit. all., IV, p. 500; édit. franç., VI, p. 297). Toutefois, il y a une différence : pour lui, en fin de compte, c'est le droit budgétaire tout entier qui tombe dans le vide, puisque toute importance juridique sérieuse lui est enlevée.

Digitized by Google

l'exécution du budget ; il forme la base pour la fixation du salaire afférent aux différents emplois qui pourront même s'y référer tacitement ; il sert de motif aux impositions de taxes par acte administratif. Et même, en dehors de ces questions financières directes, la nécessité de se conformer au budget fixé se fait sentir dans tout ce que l'administration fait ou ne fait pas.

Mais, cela ne fait pas que la fixation du budget, par elle-même, entre dans les institutions du droit administratif ; cette fixation ne fait pas partie des manifestations du pouvoir financier que nous étudions ici.

Digitized by Google

§ 27

L'impôt ; modalités de l'imposition

L'impôt est un paiement en argent imposé au sujet par le pouvoir financier en vertu d'une règle constante (1).

Il est donc de l'essence de l'impôt que l'obligation de payer soit créée par une manifestation de la puissance publique, que ce soit, par conséquent, une *obligation de droit public*. Mais il est aussi de l'essence de l'impôt que l'imposition se fasse d'après une règle *constante*, c'est-à-dire qu'elle se détermine d'après des faits fixés d'avance et présentant une certaine régularité. La puissance publique pourrait procéder, en dehors de règles de ce genre, dans le cas individuel, par loi spéciale ou en vertu d'autorisations qui seraient données au gouvernement. En fait, elle ne le fera pas ; si cela arrivait, une imposition de paiements isolés de cette nature *ne serait pas un impôt* (2).

(1) *Neumann*, Die Steuer u. d. öff. Interesse, p. 395, définit les impôts : « les paiements ordonnés en vertu du pouvoir financier pour obtenir des revenus publics ». Il manque ici l'élément de la règle constante. La plupart des auteurs se contentent d'expliquer l'impôt simplement comme une sorte de « droits » (*Abgaben*), *Schoenberg*, Handb., II, p. 13 ; p. 111 ; *v. Mayr* dans Wörterb., I, p. 3 ; *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 66 ; *G. Meyer*, V. R., II, p. 197. Mais qu'est-ce qu'une « *Abgabe* ? » Bayr. Obst. L. G., 8 janv. 1886, déclare, par exemple, que c'est le « nom collectif de tous les revenus de l'Etat appartenant au droit public ». Cela ne nous avance donc pas à grand chose.

(2) La prétendue contribution de guerre (*Bluntschli*, Mod. Völker. R., n. 656) n'est pas une contribution, c'est-à-dire un impôt. Sur la règle constante comme élément essentiel de la notion de l'impôt : *Wagner*, Finanzw., 3e éd., p. 499 ; de même O. V. G., 2 fév. 1884.

Digitized by Google

Cette règle doit tenir compte des facultés relatives des sujets de supporter l'impôt ; c'est ce qu'on appelle la *proportionnalité* de l'impôt. S'il est dérogé à ce principe, la mesure conserve le caractère d'impôt ; mais c'est alors un impôt *injuste*.

La science des finances enseigne comment il faut combiner les règles qui servent de base à l'impôt, pour qu'il soit à la fois juste et propre à remplir son but principal, à savoir, procurer un revenu à l'Etat.

L'impôt, par sa nature, peut s'adapter à toutes ces considérations d'utilité. Car il y a, dans sa notion, un élément négatif : l'imposition se fait indépendamment de toute cause spéciale devant la justifier, elle se fait *spontanément*. Cela distingue nettement l'impôt d'un groupe important d'obligations de payer, qui, dans la forme extérieure, peuvent avoir beaucoup d'affinités avec lui : je veux parler des rétributions et des contributions spéciales.

L'une et l'autre, elles visent des paiements en argent que l'individu devra faire *en considération des rapports spéciaux dans lesquels il est entré avec une entreprise publique et à titre d'équivalent*.

La *rétribution* (*Gebühr*) est l'équivalent des avantages que l'individu retire personnellement de l'utilité que les services publics offrent au public ; c'est dans l'acte par lequel il en fait usage, que l'obligation de payer a sa cause et sa mesure. Nous en parlerons au t. IV, § 52 ci-dessous.

Les *contributions spéciales* (Beiträge) sont des paiements en argent que l'individu doit faire pour des entreprises ou établissements publics, parce qu'il est censé avoir un intérêt particulier à leur existence et à leur fonctionnement en général ; ce sont les avantages retirés non pas d'actes de jouissance isolés, mais d'une situation qui lui est faite, et pour lesquels

il contribue pour sa part. Nous en parlerons au t. IV, § 48 ci-dessous (3).

L'acte, par lequel l'obligation de payer l'impôt est créée, c'est l'*imposition*. Cet acte doit obéir aux conditions de l'Etat constitutionnel et régi par le droit.

L'imposition est une atteinte à la propriété ; comme telle, selon la Constitution, elle a besoin d'un *fondement légal*.

Les principes du *régime du droit* exigent qu'elle se conforme, autant que possible, à sa formule : règle de droit, acte administratif, exécution. Seulement, comme toujours, c'est dans la mesure du possible. Les considérations d'utilité pratique, au point de vue des finances, y apportent des limites.

Mais surtout, l'imposition, dans sa formation juridique, subit l'influence du *droit budgétaire* qui, d'après la Constitution, appartient à la représentation nationale ; elle est aussi influencée par cette idée — appartenant également à la sphère du droit constitutionnel — que la loi d'impôt contient un consentement à l'impôt donné au gouvernement par la représentation nationale (4).

Il en résulte des formes différentes d'imposition, et, par conséquent, des espèces différentes d'impôts.

I. — L'imposition a besoin d'un fondement légal. Ce fondement ne peut pas consister en une autorisation générale donnée par la loi pour des actes

(3) *Neumann*, die Steuer u. d. öff. Interesse, p. 391 et 392, donne à peu près les définitions ci-dessus. Il est à remarquer que *rétribution* et *contribution spéciale* sont des notions de la science des finances, découlant essentiellement du rapport matériel. Il n'y a pas de formes juridiques déterminées, qui y correspondent. Ainsi, par exemple, les rétributions peuvent être dues en vertu de conventions de droit civil ou en vertu d'actes de droit public de différentes espèces : il y en a aussi qui revêtent les formes propres à l'impôt Dans ce dernier cas, c'est seulement le caractère matériel de la rétribution d'être un équivalent, qui entraîne des différences essentielles.

(4) Comp. § 26 ci-dessus ; *Gneist*, Ges. u. Budg., p. 138 ss. ; *Pfizer*, R. der Steuerbewilligung ; *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 392.

Digitized by Google

individuels, que le gouvernement accomplirait ensuite discrétionnairement. L'imposition ne peut pas imiter, en cela, l'ordre de police. Il est de son essence de se faire d'après une règle constante, d'être déterminée par une règle de droit. Nous aurons donc, ordinairement, pour point de départ, une loi déterminant, dans la forme d'une règle générale, l'obligation de payer l'impôt, et cela d'une manière si stricte que sa réalisation n'est autre chose que l'application de cette règle au cas individuel, sans qu'il y ait lieu à une libre appréciation quelconque. Cette *loi d'impôt* a alors pour contenu trois choses. Elle détermine les faits extérieurs auxquels l'obligation s'attache, *l'objet de l'imposition* ; puis le montant de la somme qui sera due, le *taux de l'impôt* ; enfin, la procédure dans laquelle l'obligation doit être réalisée, la *forme du recouvrement*.

La distinction de ces trois éléments est d'une importance immédiate.

Nous avons exigé, pour l'imposition, un fondement légal et une règle constante. Ces deux conditions pourraient être remplies à la fois par l'autorisation donnée au gouvernement de régler lui-même ce qui est nécessaire pour atteindre le but déterminé sous la forme d'une *ordonnance*, comme cela se pratique sur une si grande échelle dans la sphère du pouvoir de police.

En fait, des délégations de ce genre n'ont lieu que pour le troisième élément, pour les formes du recouvrement. Ces dernières peuvent être abandonnées au règlement suivant les prescriptions juridiques de l'ordonnance. Les deux autres éléments, en principe, n'admettent pas de délégation à l'ordonnance. La loi pourrait, à chaque moment, faire une délégation. Mais elle ne le fait pas ; elle garde, au contraire,

Digitized by Google

rigoureusement pour elle la détermination tant de l'objet que du taux de l'impôt (5).

Cela ne s'explique ni par la réserve constitutionnelle de la loi, ni par les principes du régime du droit. C'est plutôt l'effet particulier de l'idée du droit qui appartient a la représentation nationale de *consentir les impôts*. Il n'est pas convenable, estime-t-on, que la représentation se dépouille de ce droit au profit du gouvernement et de ses ordonnances. C'est pour cela qu'on ne le fait pas (6).

Ces idées du droit constitutionnel se font sentir encore plus dans le *consentement périodique des impôts*. Nous distinguons les *impôts fixes et les impôts variables*. Les premiers sont créés par la loi dans les formes ordinaires du régime du droit : les règles de la loi visent des circonstances permanentes et sont elles-mêmes données à titre permanent. L'impôt fixe est celui qui repose sur une imposition légale à effet perma-

(5) Du moins, c'est la règle. La loi toute puissante peut agir autrement. Un exemple dans la loi de l'Empire concernant le tarif douanier du 15 juillet 1879, § 6 : des droits de douane additionnels comme mesures de rétorsion sont établis par ordonnance impériale ; cette ordonnance — ceci est caractéristique — doit être, comme une ordonnance d'urgence, soumise aussitôt au Reichstag ; elle tombe de plein droit, si le Reichstag ne donne pas son assentiment. La même procédure a lieu pour fixer les droits sur les matières assimilées au tabac en vertu de la loi de l'impôt sur le tabac du 16 juillet 1879, § 27.

(6) Comme preuve de l'énergie avec laquelle cette particularité de l'impôt se fait sentir, nous citerons la brochure de *Hecht*, Die Geschäftssteuer auf Grund des Schlussnotenzwangs. Au Reichstag, on avait proposé que le Bundesrath fût autorisé à déterminer, pour certaines espèces d'opérations de bourse, les conditions dans lesquelles elles seraient imposables. « Cela signifie simplement, dit l'auteur, une délégation par le Reichstag au Bundesrath des droits lui appartenant constitutionnellement et des devoirs lui incombant constitutionnellement. Une délégation pareille est incompréhensible et inadmissible ». Et cependant, en matière de police, combien on fait de délégations en réalité ! Mais il est évident que, pour l'impôt, des idées spéciales exercent leur influence. Ce qui est aussi caractéristique, on parle ici d'une délégation faite par la représentation nationale ; en matière de police, cela serait considéré plutôt comme une délégation faite par la loi.

nent. L'impôt variable, au contraire, sépare les éléments de l'imposition légale. Une partie seulement est donnée à titre permanent et forme la *loi d'impôt* proprement dite. Cette loi d'impôt contient tous les éléments d'une imposition légale, sauf un seul qui est omis volontairement : elle contient la désignation de l'objet de l'impôt, le taux de l'impôt, la forme du recouvrement, mais le taux de l'impôt est incomplètement exprimé ; c'est un simple nombre proportionnel attribué aux objets de l'impôt, un « simplum », un « capital » d'impôt. On ne dit pas qu'il est dû telle ou telle somme ; on dit seulement dans quelle proportion les objets seront frappés de l'impôt quand il sera imposé.

Une semblable loi d'impôt est inachevée ; elle ne peut pas avoir d'effet sous cette forme. Pour la faire fonctionner, il faut combler la lacune, fixer le montant qui doit être exigé de ces objets, dans ces formes de recouvrement et dans cette proportion.

Achever et compléter le contenu de lois incomplètes pour les rendre propres à être exécutées, accommoder leurs prescriptions aux besoins particuliers selon les temps et les lieux, c'est, d'ordinaire, la tâche du pouvoir exécutif : toute loi qui contient une pareille lacune confère tacitement à celui-ci la fonction et l'autorisation de la combler convenablement (comp., t. I, § 6, II ; § 10 n. 2 ci-dessus). Tel n'est pas ici le cas. L'achèvement de la loi d'impôt par l'insertion des sommes à percevoir est réservé à la loi ; l'idée du droit qu'a la représentation nationale de consentir les impôts fait de cette réserve une chose naturelle et qui s'entend de soi.

Dès lors, les lois d'impôt incomplètes sont rendues efficaces par les lois spéciales, qui se répètent à des périodes fixes. Les lois complémentaires évaluent le montant à fixer selon les besoins, lesquels varient

naturellement ; cela résulte chaque fois du budget proposé ; c'est ainsi que l'impôt qui dépend de lois de cette espèce devient variable.

II. — Si l'une des particularités juridiques de l'impôt est d'exclure, par principe, la participation de l'ordonnance à la création de l'obligation, nous rencontrons, en revanche, un autre élément qui se manifeste par des formes caractéristiques. Cet élément, nous le trouvons dans l'organisation de l'impôt de répartition.

En science des finances, on distingue les impôts *de quotité* et les impôts *de répartition*. La différence est dans la manière d'exprimer, par le taux de l'impôt, la somme totale à percevoir, et d'en faire résulter la taxe individuelle. La loi peut commencer par faire calculer une certaine somme directement pour le cas individuel, ou bien par fixer une somme totale qui sera répartie sur les cas individuels. Dans la première hypothèse — qui est celle de l'impôt de quotité — on ne sait pas tout d'abord, ce qui reviendra à l'Etat comme produit final. Dans l'impôt de répartition, au contraire, on sait tout de suite ce qui en résultera pour l'Etat ; mais la cotisation de l'individu n'apparaîtra que lorsque l'on aura procédé à la répartition entre les unités débitrices de l'impôt, lesquelles sont inconnues tout d'abord en nombre et en importance.

Juridiquement, cette différence n'a aucune valeur. Impôts de quotité et de répartition ne frappent l'individu que moyennant l'application à son cas particulier d'une règle de droit déterminant complètement l'imposition ; cette application dans l'un et dans l'autre cas repose sur un calcul à faire. Que ce calcul, dans l'impôt de répartion, se fasse par un chemin plus long que dans l'impôt de quotité, cela ne peut pas établir entre ces deux espèces d'impôt une opposition juridique.

Digitized by Google

Mais la répartition peut aussi se faire à plusieurs *degrés*, avec des *contingents* distincts. La somme totale est d'abord répartie entre certains districts ou groupes de contribuables; les sommes partielles ainsi obtenues — les contingents — seront peut-être encore une fois réparties entre des subdivisions; enfin, on arrivera aux individus.

L'importance juridique de cette attribution de contingents est très différente.

1) Il est possible qu'il ne s'agisse que d'une mesure réglant le *fonctionnement intérieur* des autorités chargées de l'exécution de l'impôt. On obtient les contingents par l'addition des unités imposables que le district renferme, avec leurs cotes calculées à l'avance conformément à la somme totale à répartir. Pour les contribuables, cela n'a aucune signification juridique ; leur dette résulte, comme auparavant, directement de la loi elle-même; c'est d'après la loi qu'elle doit être rectifiée en cas d'erreur.

2) Mais les contingents peuvent aussi avoir pour but de *fixer définitivement* les parts revenant à chaque district dans la somme totale. L'attribution est faite par la loi ou par un acte du prince ou d'une autorité désignée dans ce but ; elle est publiée en forme. La fixation du contingent n'est pas autre chose que la simple exécution de l'imposition moyennant calcul. Cela résulte très clairement de ce fait, qu'on peut prévoir, même à l'encontre de lois ou ordonnances de ce genre, une procédure de rectification pour erreur. Mais une fois faite, le certificat donne, comme un jugement passé en force de chose jugée, une nouvelle base formelle pour les répartitions subséquentes ; l'exactitude des cotisations individuelles ne dépend plus que d'elle.

Cette procédure a sa place surtout lorsque la loi a attaché au contingent fixé des responsabilités quant

Digitized by Google

au recouvrement de l'impôt, lorsque le corps d'administration propre ou la totalité des autres contribuables du district sont tenus des sommes irrecouvrables (7).

3) L'impôt reçoit une forme particulière quand la fixation du contingent est rendue non seulement définitive, mais encore juridiquement indépendante d'une simple addition des unités d'impôt renfermées dans le groupe et calculées selon le taux légal de l'impôt. Le contingent, une fois fixé, se répartit entre les membres du groupe selon le taux de l'impôt. Mais la fixation des contingents eux-mêmes se fait selon *d'autres principes*. Ces principes, il est vrai, ne font pas complètement abstraction de la somme des unités d'impôt qui doivent supporter le contingent ; mais peut-être les calculent-ils d'après une moyenne ; ou bien ils mettent, à la place de tout calcul, une libre appréciation de leurs facultés relatives en général.

De cette façon, entre les déterminations contenues dans la loi elle-même et leur exécution, un élément nouveau s'introduit, ayant son effet propre, pour déterminer la mesure des dettes d'impôts voulues. C'est ce qui caractérise l'impôt de répartition proprement dit (8).

(7) Exemple : la répartition de la contribution foncière d'après les lois Pruss. du 21 mars 1861 et 8 février 1867. La répartition de la somme totale entre les provinces se faisait par ordonnance royale « d'après les résultats des constatations faites sur le revenu net des immeubles » (loi 1861, § 7) ; elle était soumise, à chaque degré, à une rectification, quand « des erreurs matérielles sont prouvées » (loi 1867, § 1 c.). Les rectifications à la suite de demandes en réduction n'ont d'effet que sur le contingent, cela veut dire que la fixation du contingent oblige solidairement tous ceux qui y sont compris. D'après la loi Württemb. sur la contribution foncière du 24 avril 1873, l'impôt établi d'après le revenu net constaté sera réparti entre les circonscriptions des districts, puis des communes. La répartition entraîne la responsabilité, pour les cotes irrécouvrables, des corps d'administration propre correspondant à ces circonscriptions (*v. Sarwey*, Württemb. St. R. II, p. 504).

(8) *Wagner*, Finanzw., II, p. 597, 598, relève cet avantage de l'impôt

Digitized by Google

La nature juridique de la fixation de contingent dans le second et dans le troisième cas est problématique. Qu'elle se fasse dans la forme d'une loi, cela ne nous dit rien de son caractère matériel. Se fait-

de répartition, qu'il permet de « tenir compte des situations locales ». Naturellement, cela n'est possible que si la formation des contingents se fait d'après d'autres règles que celles que la loi établit pour la dette individuelle. — Exemple : loi sur la patente Pruss. du 19 juillet 1861, en ce qui concerne les groupes du commerce, des auberges et débits de boissons, et les arts et métiers. Ces groupes forment des unités locales pour l'impôt. Tous les commerçants de la circonscription sont taxés d'après une *moyenne* ; l'addition donne le contingent ; ce contingent est alors réparti entre les individus par des députés de cette communauté selon l'*importance effective* de leur commerce. L'exemple le plus frappant est donné par la contribution foncière de l'Alsace-Lorraine, qui repose encore entièrement sur les principes du droit français. La répartition de la somme totale entre les districts se fait d'après une évaluation de leurs facultés respectives, leurs forces contributives, et non en additionnant les dettes individuelles. Les opérations cadastrales ont été faites dans chaque département isolément et non pas d'après des principes identiques pour le pays entier, dans l'intention d'empêcher que le cadastre ne devienne, contre la volonté de la loi, la base de la répartition à faire entre les départements. *Dufour*, Droit adm., III, n. 698 ; comp. aussi sur les inégalités qui en résultent : *Boucard et Jèze*, Science des fin., 2e édit., II, p. 653, note 1. — L'indépendance juridique de la fixation du contingent par rapport à la règle qui détermine la dette individuelle, voilà ce qui fait la nature du véritable impôt de répartition et la différence entre la contribution foncière de l'Alsace Lorraine et celle de la Prusse. *v. Philippowich* dans Wörterb., II, p. 615, néglige cette différence ; il traite sur un même pied ces deux contributions d'impôts de répartition. *Wagner*, au contraire, qui a bien saisi la véritable nature de l'impôt de répartition, cherche, par un moyen assez singulier, à revendiquer ce caractère pour la contribution foncière Pruss. et à assimiler cette dernière à celle de l'Alsace-Lorraine. Il faut remarquer, *loc. cit.*, II, p. 598, note 10, que les opérations cadastrales en Prusse s'étaient faites originairement « d'une manière plutôt sommaire que véritablement exacte ». Dès lors, les contingents reposaient sur un établissement inexact du cadastre, les dettes individuelles sur un établissement exact ; par conséquent, il y aurait vraiment, pour ces deux choses, une différence de base. Mais telle n'a pas été la volonté de la loi ; si nous réservons ce nom au véritable impôt de répartition, il faudrait dire, d'après cela, que la contribution foncière de la Prusse devant être, d'après les intentions de la loi, un impôt de quotité, aurait dégénéré, par suite d'un accident dans la réalisation, en impôt de répartition. Mais cette manière de voir, très juste au point de vue de la science des finances, n'est pas permise au juriste. *v. Lesigang* dans Wörterb. der Staatsw., IV, p. 212, pour distinguer la contribution foncière prussienne d'un impôt de répartition pur, l'appelle assez justement un « impôt de quotité à contingents ».

Digitized by Google

elle par le prince ou par une autorité administrative, on parle bien alors d'une ordonnance. Mais y a-t-il vraiment là une ordonnance au sens exact de ce mot? (Comp. t. I, § 10, n. 2 ci-dessus). Quand la répartition est faite par des représentants élus du district supérieur immédiat, l'acte ne porte même pas un de ces noms dont on pourrait se contenter provisoirement.

En tout cas, la nature juridique de l'opération est, chaque fois, la même. A la notion de la règle de droit ne correspond pas la simple fixation de la somme à supporter, d'après la loi d'impôt, par les contribuables du district pour une année donnée. Ce ne peut être qu'un acte administratif. Comme telle, la répartition aurait la particularité de donner une détermination juridiquement obligatoire pour une masse de contribuables qui ne sont pas désignés individuellement, mais qui doivent encore être déterminés selon les indications de la loi. Nous avons déjà rencontré des exemples de ces effets plus généraux de l'acte administratif (9).

III. — Le régime du droit veut que toute activité du pouvoir exécutif soit déterminée par des règles de droit. L'imposition obéit à ce principe d'une manière assez large. Mais le régime du droit exige, en outre, que l'effet à produire sur le sujet soit encore, pour le cas individuel, déterminé juridiquement par une *déclaration d'autorité* de ce qui doit être, par *juge-*

(9) En France, beaucoup d'auteurs considèrent la fixation des contingents par les représentants des degrés inférieurs comme une émanation du pouvoir législatif. *Dufour*, Droit adm., III, n. 700 : « Ces assemblées accomplissent cette mission comme délégués du pouvoir législatif auquel est réservée la fixation de l'impôt ». Mais il est évident qu'on se trouve, encore ici, sous l'influence des idées propres à l'impôt et à la façon dont il est consenti. Le pouvoir législatif signifie la représentation nationale qui consent les impôts. Il ne s'agit pas de règle de droit. L'acte a la même nature que la loi qui, pour les impôts variables, fixe annuellement le montant à recouvrer de cette manière. Il n'y a pas là non plus une règle de droit.

Digitized by Google

ment ou par *acte administratif*. Cette déclaration ne sera mise à exécution que postérieurement. Cela ne doit avoir lieu, comme toujours, que dans la mesure du possible ; il y a des limites dans les raisons prédominantes d'utilité pratique. Pour une partie des impôts, cette fixation individuelle du devoir du sujet précédant la perception, telle que le régime du droit l'exige, a pu être facilement observée et d'une manière générale. D'autres impôts s'attachent, au moyen de règles simples, aux phénomènes passagers de la vie commune ; ici la perception suit immédiatement la naissance de la dette qu'il faut saisir dans le courant rapide des choses ; une constatation formelle par déclaration d'autorité, avec les recherches et les lenteurs inévitables qu'elle entraîne, irait contre l'intérêt propre du débiteur. Entre ces deux extrêmes, il y a une sphère douteuse dans laquelle se trouvent certains impôts qui, d'après leur objet, pourraient être rangés raisonnablement dans l'une ou dans l'autre de ces formes ; c'est l'opinion qui décide le choix, ou bien ce sera la tendance plus ou moins grande du législateur à observer les formes du régime du droit.

Tous les impôts se divisent donc en deux catégories, selon qu'ils suivent l'une ou l'autre forme de recouvrement: l'impôt décrété par la loi est perçu soit en vertu d'une déclaration obligatoire expresse déterminant le cas individuel, soit sans cette déclaration, en vertu de la loi directement.

Cela coïncide, jusqu'à un certain point, avec la classification principale qu'on a l'habitude de faire en impôts *directs* et impôts *indirects*. Cette classification, à l'origine, est partie exclusivement de considérations tirées de la science des finances.

Peu à peu, des raisons juridiques, des considérations tirées de l'organisation légale des formes du recouvrement s'y sont mêlées, et cela de plus en plus, dans le sens

Digitized by

de la distinction que nous venons d'établir. En fait, les principaux exemples d'impôts directs fournissent, en même temps, les exemples principaux de l'imposition effectuée au moyen d'un acte administratif; inversement, d'ordinaire, il y a coïncidence entre les impôts indirects et les impôts perçus simplement en vertu de la loi. Il nous sera donc permis de conserver pour notre classification, au lieu d'en inventer de nouvelles, les expressions traditionnelles devenues courantes. Dans la sphère douteuse cependant où la science des finances — peut-être sous l'influence d'idées juridiques — est hésitante, nous analyserons cette concordance fortuite au moyen de la notion juridique (10).

1) Le recouvrement des *impôts directs* est précédé d'une procédure dont le but est d'assurer l'application exacte de la règle d'imposition au cas individuel. Il y a là un travail d'information.

Le résultat de ce travail est la *cotisation*, la constatation de la dette d'impôt reconnue. Au point de vue de la science des finances, la cotisation est considérée comme le terme matériel des recherches et calculs effectués par les bureaux de contributions. Juridiquement, elle est l'acte d'autorité qui déclare la dette et qui est destiné à être notifié au débiteur (11).

(10) Ce sera à la science des finances à tracer la ligne de séparation. *Neumann*, Die Steuer, p. 449 ss., discute cette question de terminologie très explicitement et sous des points de vue acceptables. Quand la loi parle d'impôts directs et indirects, il y a lieu d'interpréter ce qu'elle veut dire ; cela peut donner des résultats s'écartant aussi bien de la notion formulée par la science des finances, que de celle que doit établir la science du droit. Comp. *Bornhak*, Preuss. St. R., III, p. 515 ; *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 67.

(11) Quand *v. Meyer*, dans Wörterbuch, II, p. 550, reconnaît, comme une particularité des contributions directes, que, chez elles, « la cotisation s'effectue, séparée, en principe, de la perception au point de vue du temps et de la matière », il ne faut pas voir là l'affirmation pure et simple de ces idées juridiques. Cette cotisation séparée n'est, en effet, pour la science des finances, que la conséquence logique de la nature spéciale de l'objet de l'impôt ; c'est essentiellement une mesure technique, abstraction faite de son importance au point de vue du droit.

Il peut se faire que l'autorité doive régler les cas individuels séparément à mesure qu'ils se présenteront. Cette déclaration de la cotisation est alors un acte administratif de la forme ordinaire ; il sera communiqué au débiteur de l'impôt par une notification verbale ou écrite ; il acquerra ainsi son effet juridique (12). Mais, en règle, les choses ne se présentent pas avec cette simplicité.

En fait, au contraire, dans la plupart des impôts directs, ce travail préparatoire d'observations et de calcul revêt la forme d'une œuvre collective et permanente.

Cela découle de la nature des objets pour lesquels cette espèce d'impôt est choisie de préférence. Ce sont, en règle, des choses qui, conformément aux indications de la loi d'impôt, se rencontrent à la fois et simultanément chez une masse de sujets. En même temps, elles ont aussi une certaine qualité de *durée* : elles offrent chaque fois à l'effet de l'imposition se réitérant régulièrement avec les périodes fixées, les mêmes objets d'application.

Ainsi, on arrive à procéder, dès le début, à toutes les informations et constatations pour ainsi dire en gros. On aboutit à un état général comprenant toutes

(12) Un exemple dans le droit sur les successions d'après la loi Bav. du 18 août 1879. L'impôt est fixé par l'autorité fiscale (*Rentamt*), sur la base des déclarations faites et des informations prises ; les débiteurs, sur le cas desquels il est statué, peuvent attaquer la décision par la voie de la justice administrative. *Seydel*, Bayr. St. R., IV, p. 93, range donc avec raison ce droit parmi les impôts directs. La procédure serait la même pour tous les impôts directs s'attachant à des objets isolés et passagers. On comprend qu'on préfère, pour des cas pareils, choisir la forme plus souple de l'impôt indirect. On peut exprimer cela en disant : que des impôts de ce genre sont, par leur objet, particulièrement propres à revêtir la forme des impôts indirects. Mais tout autre chose est de dire qu'ils sont des impôts indirects à raison de leur objet. C'est ce que prétend *Neumann*, Die Steuer, p. 446 ; nous reconnaissons que, pour la science des finances, cela peut être vrai. Mais, pour la doctrine du droit, cela n'est d'aucun intérêt.

Digitized

des unités d'impôt du district entier : c'est le *cadastre d'impôt* (13).

Pour la même raison, ce cadastre, une fois établi, peut, en même temps, servir d'une manière plus ou moins complète aux impositions futures. Il importe seulement de savoir dans quelle mesure l'objet de l'impôt, par sa nature, est susceptible de rester invariable et dans la possession du même contribuable. Selon les cas, on peut se dispenser de refaire le cadastre en entier, et se contenter d'ajouter quelques modifications, d'apporter des rectifications et compléments au cadastre. Ces conditions se trouvent remplies, de la manière la plus complète, dans la contribution foncière. Dans une mesure moindre, cela a lieu dans les contributions sur les maisons, sur les patentes, sur les rentes de capitaux, sur le revenu en général.

Tout cela, au premier abord, semble n'avoir d'importance qu'au point de vue de la technique financière. Mais ce n'est pas tout à fait exact. Le cadastre n'est pas seulement une collection d'observations et de calculs, ce n'est pas seulement un moyen d'assurer la perception convenable et conforme à la loi de l'impôt. Il fournit le contenu d'une constatation d'autorité des dettes d'impôt à recouvrer chaque fois, d'une *collection de cotisations* qui apparaît dans les listes d'impôts ou rôles de perception expédiés annuellement.

Le personnel technique qui, dans la procédure préparatoire d'informations, joue peut-être le rôle principal, se retire dès que ce travail est achevé.

La véritable conclusion du travail appartient tou-

(13) C'est pourquoi l'on appelle quelquefois les impôts directs des « impôts de cadastre » ; *Neumann*, Die Steuer, p. 427. Il ne faut pas entendre par là qu'un cadastre soit de leur essence. Ce n'est qu'un élément ordinaire.

jours à une autorité. Un fonctionnaire seul du service ordinaire de l'Etat, le plus souvent un conseil de fonctionnaires de carrière ou un conseil de fonctionnaires gratuits, seul ou sous la direction d'un fonctionnaire de carrière, prend une *résolution*.

Aux débiteurs de l'impôt on a, en règle, donné l'occasion d'être entendus dans la procédure. C'est pour eux que la décision intervient. L'objet de la résolution, ce sont les dettes individuelles d'impôt, telles qu'elles résultent du cadastre. Un rapport de droit public entre l'Etat et le sujet nominativement désigné est déterminé d'autorité. Les effets sont ceux de l'acte administratif (14).

Les cotisations ainsi réunies reçoivent des circonstances dans lesquelles elles sont établies, quelques particularités. La loi peut prescrire que la communication aux débiteurs se fasse valablement par voie de publication dans les journaux ou de dépôt dans un bureau public où l'on pourra en prendre connaissance. Une partie de la cotisation, une fois fixée, peut être déclarée définitive, de sorte qu'elle sera obligatoire pour les cotisations ultérieures jusqu'à ce que des *nova* justifient un nouvel examen ; ceci s'appliquera surtout à certaines estimations. Cette fixation conserve alors son effet même au cas de changement survenu dans la personne du redevable ; cela

(14) La doctrine du droit français est très nette sur ce point. Elle en tire toutes les conséquences, surtout pour fixer les limites de la compétence des tribunaux civils. Les tribunaux judiciaires, en droit français, ne pouvant pas connaître des actes administratifs, il en résulterait que les réclamations contre le rôle de l'impôt établi par l'administration et dûment notifié, ne peuvent être jugés que par la justice administrative. J'ai relevé cette conséquence dans ma Theorie d. Franz. V. R., p. 392. *Meisel* dans Finanzarchiv, V, I, p. 26, trouve que cela n'est « pas suffisamment clair » ; car, dans les impôts indirects, dit-il, il y a cependant « aussi une activité des autorités financières comme affaire administrative ». Mais l'acte administratif n'est pas une activité quelconque d'autorités administratives.

augmente la stabilité naturelle du cadastre (15). Pour la technique de l'administration financière, cela n'est plus considéré alors comme une cotisation nouvelle ; il n'y a qu'une cotisation qui dure et qui est, chaque fois, mise à nouveau en vigueur. Au point de vue juridique, c'est, cependant, chaque fois, un nouvel acte administratif qui produit son effet, bien qu'il soit lié à ce qui doit rester permanent. Il n'y a rien ici qui soit contraire à sa nature.

Dès lors, que le cas individuel soit traité séparément ou que la totalité des cas soit réglée dans une grande procédure, « en gros », cette cotisation aboutit à un *acte administratif*. Des actes administratifs déterminant le cas individuel peuvent intervenir pour toute espèce d'impôts ; il y en a même exceptionnellement pour les impôts indirects. Pour l'impôt direct, l'acte administratif est essentiel par sa notion même ; c'est un élément nécessaire. En quoi consiste cette nécessité ? Quelle est son importance ?

Cette nécessité n'est pas dans la *création* de l'obligation de l'impôt. Cette obligation résulte, pour le sujet, de l'effet direct de la loi au moment précis où se rencontrent la règle d'imposition devenue parfaite d'une part, et l'objet auquel elle est destinée à s'attacher, d'autre part. Quand un individu ainsi tenu de l'obli-

(15) Une cotisation tout à fait permanente est la contribution foncière en Prusse. La contribution doit être perçue pour toujours, d'après le revenu net constaté lors du premier état qu'on en a donné, sans tenir compte des augmentations ou diminutions qui se sont produites depuis lors. D'un autre côté, d'après l'intention primitive, le taux légal de l'impôt doit aussi rester le même pour toujours. C'est ce qui fait la véritable importance du caractère d'impôt de répartition qu'a la contribution foncière en Prusse D'après *G. Meyer*, V. R., II, p. 222, cet impôt aurait, à raison de ce fait, pris « le caractère d'une rente foncière ou charge réelle ». Mais cette proposition ne peut être acceptée qu'à titre de figure et de métaphore. Cette immobilité de la contribution foncière prussienne a, du reste, subi des changements sérieux à la suite de la législation récente (loi 14 juillet 1893 concernant l'abrogation des contributions directes de l'Etat).

Digitized by Google

gation légale a été oublié lors de la fixation de la cotisation commune, incontestablement on peut lui réclamer le paiement après coup.

S'il est mort, on fera valoir la dette de l'impôt contre ses héritiers, alors même que les conditions de l'imposition n'existent plus à leur égard. Peu importe enfin que ces conditions existent ou non au moment de la cotisation, pourvu qu'elles aient existé au moment où l'imposition établie par la loi était destinée à produire son effet.

L'acte de cotisation et sa notification ne sont pas non plus une simple mise en demeure d'exécuter l'obligation créée par la loi. L'impôt n'est pas toujours échu au moment où cette notification est faite. En règle, l'impôt est payable à des termes échelonnés qui courent non à partir de cette communication, mais des époques fixées uniformément par la loi. La résolution est donc moins qu'une mise en demeure. Mais elle est aussi plus que cela ; avant la notification de la cotisation, l'impôt non seulement ne peut pas être exigé, mais encore il ne peut même pas être payé volontairement. C'est seulement par la notification que la dette devient exigible, susceptible d'être mise en recouvrement et acquittée. En outre, la dette ne devient exigible qu'autant qu'elle est déclarée par la cotisation ; peu importe que la loi l'ait déterminée autrement. Une mise en demeure n'a pas de valeur juridique propre ; la cotisation produit son effet propre : celui qui se trouvera lésé ne peut pas se contenter d'opposer à la cotisation le texte de la loi ; il faut qu'il obtienne une modification de la cotisation.

La cotisation doit se borner à prononcer ce que la loi a voulu ; mais elle le prononce d'une manière obligatoire ; désormais, c'est elle qui constitue le fondement direct de l'exécution. Or, cela est l'essence même de cette catégorie particulière d'actes

Digitized by

administratifs, que nous désignons sous le nom de *décisions*. La caractéristique des impôts directs est *de n'être exécutoires qu'en vertu d'une décision de ce genre*.

Tout ceci est simplement l'application au recouvrement de la dette d'impôt, du modèle de la justice et de la justice criminelle. En vertu de la loi pénale, lorsque chez une personne apparaissent certains faits déterminés, naît pour cette personne l'obligation de souffrir une certaine peine; c'est la pénalité, l'obligation de souffrir la peine. Mais cela ne peut pas s'exécuter, même du consentement de l'intéressé, avant qu'un acte d'autorité ait déclaré que ce dernier doit être puni et comment. De même, pour l'impôt direct ; c'est là ce qui le distingue de l'impôt indirect (16).

(16) *Bornhak*, Preuss. St. R., III, p. 516, observe très bien que « la subsomption du cas concret sous la règle générale de la loi d'impôt », qui se produit dans la cotisation, représente, « d'après son caractère, une activité d'autorité semblable à la juridiction ». Toutefois, il faut faire une réserve : la juridiction (décision) n'est pas la subsomption ; la subsomption est une activité de l'intellect. Tout le monde est libre de la produire ; elle n'a pas d'importance juridique. La juridiction, au contraire, c'est la déclaration d'autorité que, conformément à la subsomption effectuée par l'autorité, telle ou telle chose est de droit. Cette observation faite, il est clair qu'un acte de ce genre, n'appartient pas, comme le pense *Bornhak*, à toute espèce d'impôts indistinctement ; à coup sûr, pour la subsomption, il y en a toujours, sinon de la part de l'autorité, du moins de la part d'un employé subalterne, ou bien de la part du débiteur lui-même (l'impôt de timbre dont nous parlerons plus loin nous en fournira un exemple) ; mais un acte de juridiction précédant la perception est quelque chose autre dont nous ne pouvons pas laisser méconnaître le caractère particulier. Ce n'est pas de la juridiction, lorsque le douanier perçoit, dans la salle de visite, du voyageur inconnu les quelques pfennings qu'il doit pour les cigares qu'il a sur lui, ou lorsque le surveillant lève, à la barrière, l'octroi municipal sur le lièvre introduit ; et je ne parle pas de la juridiction du débiteur lui-même lors de l'acquittement de l'impôt de timbre sur les lettres de change. Où cela nous mènerait-il ? *G. Meyer*, V. R. II, p. 202 et 203, distingue la fixation de la dette d'impôt et la notification au débiteur. Cette notification doit avoir le caractère d'un ordre administratif, c'est-à-dire d'un « acte administratif d'autorité » (V. R., I, p. 32). Là serait donc notre acte administratif, quoique un peu déplacé. Mais, d'après *G. Meyer*, V. R., II, p. 197 et 198, un acte de ce genre rentre dans les « principes généraux », communs à tous les genres d'impôts, aux droits de douane, impôts de timbre sur les lettres de change, impôts de bourse, etc. On aura autant de difficultés à retrouver cet acte administratif dans les impôts indirects que la « juridiction » de *Bornhak*.

C'est cet acte intermédiaire qui sert de point de départ pour tout ce qui suit ; c'est lui qui détermine la façon dont le rapport juridique tout entier est réalisé. Cela constitue déjà en soi une grande différence avec toute activité administrative qui n'est pas liée de cette manière. Nous verrons que cette différence entre les impôts directs et indirects produit effet à beaucoup de points de vue.

2) L'*impôt indirect* est suffisamment caractérisé par son opposition avec l'impôt direct. Il repose, comme tout impôt, sur la loi qui crée la dette. Mais ici la réalisation de cette dette par le recouvrement ne dépend pas d'un acte administratif qui déterminerait d'autorité la dette pour le cas individuel. Des actes d'autorité pour déterminer le montant de la dette peuvent bien intervenir dans l'impôt indirect, et cela de différentes manières : dans la procédure du recours ou par la voie de droit, la déclaration peut être obtenue après coup ; elle se joint à la poursuite pour fraude (comp. § 30 ci-dessous) ; de même elle s'ajoute aux fixations de transactions, d'abonnements et de remises (comp. § 29 ci-dessous). Mais ici cet acte n'apparaît jamais que pour un motif spécial et à titre accessoire ; il constitue un élément occasionnel, qui pourrait tout aussi bien faire défaut.

Dans le cours ordinaire des choses, la réalisation de la dette d'impôt, la perception du montant de l'impôt s'ajoute directement et en vertu d'un simple calcul à l'imposition contenue dans la loi. Les seuls actes d'importance juridique auxquels, en règle, l'administration devra procéder sont des *mises en demeure* d'une part, des *quittances* de l'autre.

En revanche, l'impôt indirect est pourvu, dans une mesure beaucoup plus grande, de moyens extérieurs d'assurer la rentrée des sommes dues : c'est pour l'impôt indirect que les ordres de finance et les

Digitized by Google

peines de finance trouvent leur application principale; une surveillance sévère s'exerce, avec l'autorisation de faire usage de la force toutes les fois qu'il y aura un fait mettant en danger les revenus dus à l'Etat. A cela correspond la qualité toute différente des fonctionnaires appelés au recouvrement des deux sortes d'impôts. Au lieu des conseils lents, qui décident sur l'obligation de payer l'impôt direct, aidés surtout d'employés et de calculateurs, nous rencontrons, pour les impôts indirects, un nombreux personnel extérieur de surveillance, organisé en partie presque militairement et dirigé avec une forte centralisation par un chef unique (17).

L'opposition ne se présente pas d'une manière aussi nette pour tous les impôts indirects. Il y a des transitions et des différences graduelles. S'il est de la nature de l'impôt direct que la déclaration formelle de la dette des personnes individuellement désignées constitue le centre des opérations; s'il est naturel qu'il devienne, comme on l'a dit, un *impôt nominatif*, l'impôt indirect, en revanche, montrera davantage ses particularités à mesure que la personne déterminée du débiteur s'effacera.

Il y a des impôts indirects visant un débiteur déterminé tout aussi bien que les impôts directs. Nous en trouvons des exemples dans les impôts d'empire sur le sucre et sur le tabac. Dans ces hypothèses, la loi aurait pu, sans changer beaucoup la procédure, arranger les choses de manière à ce que l'administration, au lieu d'envoyer au débiteur une simple note, dût chaque fois constater exactement la dette par un acte d'autorité obligatoire devant être notifié au débiteur. Tout ce qui est vrai, comme nous

(17) Sur cette différence dans l'organisation des autorités pour les deux espèces d'impôts, comp. les observations de *Neumann*, Die Steuer, p. 461.

Digitized by Google

le voyons, c'est qu'elle n'a pas voulu le faire ; le recouvrement sans formes lui a semblé mieux répondre à l'objet ; voilà pourquoi l'impôt n'a pas reçu l'élément caractéristique de l'impôt direct. Mais il y a d'autres impôts pour lesquels, d'après la manière même dont ils se présentent, on ne peut pas imaginer la possibilité d'un acte administratif de ce genre ; ils laissent complètement de côté la personne du débiteur ; nous avons alors le type le plus pur d'impôt indirect.

Il faut ranger dans cette catégorie, en première ligne, les impôts sur la circulation des marchandises. Ils ont pour objet, comme condition de la dette légale, le passage par une marchandise d'une ligne tracée à un certain endroit : la frontière de l'Etat ou les limites d'une commune, la porte d'un entrepôt. De l'autre côté de cette ligne est le transport exempt d'impôt, la circulation libre. Celui-là devient débiteur de l'impôt qui fait faire à la marchandise ce passage, qui la fait entrer dans la circulation libre. Les droits de douane, l'impôt d'empire sur le sel, les taxes communales (octrois) en fournissent des exemples. Le recouvrement se faisant sans résolution préalable, par simple calcul et perception effective de la somme due, nous avons devant nous la forme ordinaire de l'impôt indirect. Mais l'impôt indirect tire son caractère particulier des mesures qui assureront ce recouvrement. La limite décisive est surveillée par des employés de l'impôt, tenus et autorisés à *arrêter* la marchandise en cet endroit et à la *retenir* jusqu'à ce que l'impôt ait été payé. Cet usage de la force est la garantie la plus importante de la rentrée de l'impôt. L'administration de l'impôt s'adresse à la marchandise ; la dette personnelle, que la rétention devait cependant se borner à garantir, ne semble presque plus être considérée pour terminer l'affaire. C'est seulement dans le cas où il y a une irrégularité que l'on

Digitized by Google

voit que cet impôt sur la circulation des marchandises avec droit de rétention a un débiteur déterminé.

On constate alors quelle est la personne chez laquelle l'obligation de payer est née ; ce n'est qu'à cette personne qu'on peut s'adresser. Tel est le cas, par exemple, lorsque des marchandises sont entrées en fraude, ou lorsque la perception ayant été insuffisante, il y a lieu de faire payer la différence.

Alors, l'apparence d'une charge grevant la marchandise et d'un paiement fait pour la délivrer disparaît ; celui qui a fait faire à la marchandise le mouvement décisif est le débiteur (18).

Ce qui est encore plus caractéristique, c'est le *droit de timbre*. Ici, la notion se détermine par la forme de la perception et non par l'objet frappé par l'impôt.

(18) *Laband*, St. R., 4e édit. all., IV, p. 433 ss. ; édit. franç., VI, p. 179 et s., a essayé, d'une manière assez originale, de faire cadrer la nature juridique des droits de douane avec l'aspect extérieur que présente leur recouvrement. La loi, d'après lui, n'impose pas d'obligation de payer les droits de douane ; elle ne frappe que les marchandises ; celles-ci ne doivent pas entrer dans la circulation, à moins que la somme fixée n'ait été payée ; c'est seulement pour remplir cette condition et pour délivrer la marchandise des liens qui l'enchaînent, qu'on assume l'obligation de ce droit. *Bulling*, dans Arch. f. Stf. R., XL, p. 120, semble vouloir s'associer à cette opinion. *Behr* qui, d'abord, dans Gerichtssaal, LIV, p. 224, note 2, s'était prononcé en sens contraire, propose maintenant, dans Arch. f. öff. R., XIV, p. 180 ss., un système transactionnel : il y aurait à la fois « une dette réelle de la marchandise » et « une responsabilité personnelle du débiteur du droit ». *Laband* dans la dernière édition allemande de son ouvrage, IV, p. 434 note 3 (édit. fr., VI, p. 180, note 3), se déclare prêt à admettre cette solution, pourvu que la dette réelle soit reconnue comme la dette primaire, celle qui sert de base à la dette personnelle. Mais il n'y a pas ici moyen de transiger. Le droit de douane est un impôt ; or l'impôt est une dette personnelle ; pour assurer le paiement, l'administration peut faire valoir des droits sur la marchandise frappée par l'impôt ; mais ce ne sont jamais que des droits accessoires qui ont la nature générale du droit de gage. Ces droits sont très rigoureux, comme il convient à la législation fiscale ; à y regarder de près, ils expliquent tout ce qu'il y a ici de particulier, sans qu'on ait besoin de bouleverser l'idée même de l'impôt. Comp. *Havenstein*, Zollgesetzgebung d. Reichs, sous le § 13, note 2 ; *v. Heckel*, dans Handb. d. Staatsw., VII, p. 997.

Nous appelons impôt de timbre tout impôt perçu moyennant l'emploi de timbres (papier timbré, marques de timbres), et moyennant l'emploi fait par le débiteur de l'impôt lui-même.

L'administration peut se servir elle-même d'un timbre pour la perception : alors le timbre constitue soit une quittance, soit une mesure de contrôle. Tel est le cas du timbre sur les cartes à jouer, et du timbre sur les actions et titres au porteur d'après les lois d'Empire (19). L'impôt lui-même ne tire pas de là un caractère particulier ; dans ces hypothèses, la perception se fait simplement par un paiement direct du débiteur à l'administration de l'impôt.

Quand, au contraire, il y a impôt de timbre au sens strict que nous venons d'indiquer, la perception s'effectue d'une manière qui diffère de beaucoup de la forme ordinaire. Nous en trouvons les exemples les plus démonstratifs dans l'impôt de timbre sur les lettres de change et dans l'impôt de bourse selon la législation d'Empire, ainsi que dans les prescriptions des législations particulières sur l'emploi du papier timbré pour la rédaction d'actes juridiques.

Les choses se passent alors comme suit. L'Etat fabrique du papier timbré et le met en vente. Il fait défense à tout le monde de fabriquer les mêmes timbres, de telle sorte qu'on ne puisse se les procurer qu'en s'adressant à lui. Puis l'Etat ordonne à tous ceux qui veulent passer certains actes juridiques de se servir de ce timbre. Les sujets sont alors dans la nécessité d'acheter à l'Etat les timbres qui, en eux-mêmes, n'ont aucune valeur ; et c'est ainsi que l'Etat obtient un revenu.

Où est ici la perception de l'impôt ? Quand on n'envisage les choses que superficiellement, on ne voit

(19) *Jacob* dans Wörterb., II, p. 544, art. 1. Stempelgebühren, § 4.

que l'acte d'achat rendu nécessaire par le double ordre de finance, mais restant, quand même, par lui-même, un achat du droit civil. L'impôt du timbre équivaudrait alors à un monopole. Il rappellerait spécialement la forme qu'avait prise le monopole du sel sous Frédéric le Grand lorsque l'on avait imposé, en même temps, aux chefs de ménage l'obligation de consommer une certaine quantité de sel. Mais alors, le soi-disant impôt de timbre serait aussi éloigné d'un impôt véritable que les autres revenus de monopole (20).

Il est facile de voir que la chose est tout autre. L'ordre donné par la loi d'employer, pour un certain acte, un timbre d'une certaine valeur, renferme une imposition de payer la somme correspondante. Le débiteur de l'impôt, c'est la personne qui passe l'acte. L'emploi du timbre est l'acquittement de l'impôt. Le timbre sert de monnaie légale à cet effet (21).

Toutefois, il faut encore ajouter une observation. L'expression monnaie légale n'est pas exacte. Le timbre ne sert pas à effectuer un paiement proprement dit : il n'est pas donné par le débiteur au créancier ou à quelqu'un à sa place. Il est seulement mis hors d'état de servir une autre fois ; on lui enlève sa valeur en y mettant de l'écriture, en le barrant, en l'annulant de la façon prescrite. La loi de l'impôt de timbre déclare accepter cette destruction comme acquittement de la dette qu'elle fait naître ; pratiquement, cette destruction entraîne chaque fois la nécessité de nouveaux achats pour les cas futurs ; l'intérêt matériel du fisc y trouvera son compte.

Mais ainsi, le timbre devient une forme d'acquit-

(20) D'après *v. Stein*, Lehrb. d. Finanzw., 4e éd., I, p. 531, « l'achat du timbre est la perception de l'impôt et le paiement ». Quand la perception de l'impôt et l'achat seront d'accord, tout sera bien simplifié.

(21) *Jacob* dans Wörterb., II, p. 544.

ter la dette de l'impôt par le seul fait du débiteur, sans le concours du créancier ou de toute autre personne (22).

Les impôts qui admettent ce mode d'acquittement présentent des faits assez curieux : la naissance de la dette, son accomplissement, la personne du débiteur, tout cela, dans le cours ordinaire des choses, n'arrive pas à la connaissance de l'administration.

En règle, les faits qui se sont produits laissent des traces grâce auxquelles il sera possible de constater les faits encore après coup. Les mesures de contrôle tendent à les porter, autant que possible, à la connaissance de l'administration, à lui en soumettre tout au moins, de temps à autre, un échantillon pour ainsi dire. Alors, la dette de l'impôt qui était née et qui n'a pas été acquittée, sera encore réalisée, sans préjudice des autres conséquences auxquelles s'est exposé le débiteur coupable.

Mais cette espèce d'impôt indirect, à raison de son organisation, est très propre à mettre en lumière toute l'opposition qu'il présente avec l'impôt direct.

(22) L'idée que l'on trouve dans l'impôt de timbre a ses analogies dans le droit civil. Lorsque, à l'entrée d'un théâtre, on présente le coupon de l'abonnement pour laisser détruire ce chiffon sans valeur, ce fait repose sur les mêmes combinaisons juridiques. Dans le droit public, le timbre trouve aussi son application, presque dans la même forme, en dehors des impôts, par exemple dans l'assurance contre l'invalidité et la vieillesse. L'impôt de timbre s'applique principalement dans les cas où l'impôt s'attache à des écrits ou à des imprimés. En Allemagne, nous ne le trouvons pas ailleurs. Mais ce serait une erreur de croire que la nature de cette forme du recouvrement, exige que l'objet de l'impôt soit un document ou un imprimé (*G. Meyer*, V. R., II, p. 187 ; *Schaal* dans *Schoenberg* Handb., II, p. 89). Nous citerons comme exemple l'impôt russe sur le tabac selon le « système des banderoles » : l'Etat vend des bandes de papier timbrées, dont la marchandise doit être enveloppée quand elle est mise en vente ; l'acheteur acquitte l'impôt en déchirant la bande.

Digitized by Google

§ 28

Continuation ; facilités accordées aux débiteurs de l'impôt

L'impôt étant une obligation stricte de payer, qui doit être exécutée telle qu'elle a été ordonnée, ne satisfait pas toujours aux exigences d'ordre économique que l'Etat doit prendre en considération. Il faut que le pouvoir financier ait la faculté de procéder avec des ménagements, de façon à tenir compte des circonstances particulières, sans pour cela s'armer immédiatement de toute la lourdeur de la dette. On a donc admis certaines atténuations à la force juridique de l'impôt. Ce sont des facilités qui peuvent être accordées aux redevables. La forme la plus simple consiste dans un *délai de paiement*, un *crédit de l'impôt* ; les impôts indirects sur la circulation des marchandises, étant plus raffinés, ont encore développé les formes plus compliquées de la *dette d'impôt en suspens* et de la *dette d'impôt conditionnelle*.

De pareils tempéraments apportés à la dette d'impôt peuvent résulter d'une règle de droit, qui les attache directement à certaines circonstances ; ils peuvent aussi être accordés par un acte administratif pris en vertu d'une autorisation légale (1).

(1) Puisqu'il s'agit d'avantages à accorder aux individus, la réserve constitutionnelle de la loi n'est pas en question ; mais, d'un autre côté, ces avantages représentent des exceptions vis-à-vis des prescriptions de la loi d'impôt ; le pouvoir exécutif, lié lui-même par la force obligatoire de la loi, ne pourra dispenser de ces prescriptions qu'en vertu d'une autorisation spéciale. Il faut cependant remarquer que ces formes modifiées et atténuées de la dette d'impôt ne s'appliquent pas seulement sur

Le cas le plus intéressant et qui présente le plus de particularités est celui dans lequel la loi attache l'atténuation à *certaines mesures administratives*, dont les individus pourront profiter. Ces mesures de constatation, de surveillance, de conservation n'ont pas le caractère d'actes d'autorité ; ce sont de simples actes de gestion qui rendent la loi applicable et ouvrent, en même temps, la possibilité d'exercer un certain contrôle sur les individus qui en profitent. En règle générale, l'administration n'est pas ici dirigée par des règles de droit ; ce sont, pour la plupart, des prescriptions administratives, des instructions et « régulatifs » qui déterminent sa manière de procéder. C'est intentionnellement que le législateur a laissé tout cela variable et facile à modifier. L'impression qui résulte de l'ensemble de cette situation diffère beaucoup de ce qu'ailleurs le régime du droit semble exiger. La position juridique des individus est précaire ; ce qui leur est concédé apparaît comme une tolérance (2). Nous avons à

la demande du sujet intéressé ; elles peuvent être *octroyées d'office* pour préparer convenablement la perception des droits à naître. Nous en trouvons des exemples dans les lois d'impôts sur le sucre, sur l'alcool, etc.

(2) Tout ce système a reçu sa forme caractéristique en matière de douane ; il est imité, avec les modifications appropriées, dans d'autres espèces d'impôts. Le défaut qui résulte de l'absence d'un ordre juridique établi par la loi est rendu moins sensible par des prescriptions administratives explicites, les « régulatifs », qui apportent dans la procédure la régularité et l'uniformité. Ces régulatifs sont des ordres de service, des instructions pour les fonctionnaires de l'administration des finances, ou des ordres basés sur des rapports de sujétion spéciaux qui peuvent s'appliquer aux débiteurs de l'impôt (comp. t. I, § 8, II ci-dessus, et § 30, II ci-dessous). On se plaint que ces régulatifs émis par le Bundesrath ne soient pas publiés dans le Bulletin des lois de l'Empire, comme il convient à des ordonnances contenant des règles de droit (*Laband*, St. R. II p. 928 ; éd. fr., VI, p. 195 ; *Hernel*, Studien II p. 91). Mais ils ne veulent pas même être des ordonnances ni fixer des règles de droit, voilà le mal, si toutefois il y a mal. Du reste, en cette matière, comme en tant d'autres, l'influence du droit français se fait sentir. Nous y trouvons surtout la possibilité, pour l'administration financière, d'accorder ou de refuser certaines facilités et la réglementation par décret d'une grande partie de la matière (*Fuzier-Hermann*, Répertoire général, XIX v° Douanes n. 63 ss.).

exposer ici quelle est l'importance juridique des différentes modérations admises quand elles sont accordées, et aussi longtemps qu'elles sont accordées.

I. *La dette d'impôt en suspens.* — Cette forme est toute particulière aux impôts de circulation. Elle a été créée originairement pour les droits de douane. L'idée fondamentale est fournie par la situation juridique qui se produit à la frontière.

La marchandise, dont le passage à travers la ligne de douane pour entrer dans la libre circulation amènera légalement la dette d'impôt, se trouve devant les employés. La dette n'est pas encore née. La marchandise peut s'avancer pour la faire naître ; mais elle peut aussi, sur la demande de l'intéressé, retourner dans le pays en dehors de la ligne de douane sans avoir créé une obligation (3).

Cette indécision peut être conservée même dans le cas où l'on dispose de la marchandise de manière à ce qu'elle passe dans l'intérieur et y reste. La condition est que certaines mesures soient prises pour l'empêcher d'entrer dans la libre circulation : surveillance spéciale, plombage, etc. La marchandise voyage accompagnée d'un certificat nommé « Regleitschein I » soit dans le but de passer la frontière opposée, soit dans le but d'entrer dans un entrepôt (4).

(3) Déclaration pour la réexportation *Troje-Zolltarif* XXX. Quand le bureau de la première ligne se trouve à une certaine distance de la frontière, la marchandise sera dans la même indécision pendant qu'elle parcourt cette distance. Elle est, d'après le § 36 de la loi douanière, forcée de continuer sa route jusqu'au bureau. Mais alors si, après une déclaration pour la réexportation elle fait volte-face et rentre à l'étranger, elle ne peut pas en être empêchée ; la dette de l'impôt ne parvient pas à prendre naissance. Naturellement elle sera soumise à une certaine surveillance, et quand il y aura soupçon de fraude, on la saisira. *Behr*, dans Arch. für öff. R. p. 182, veut y voir la preuve qu'il existe, à côté de la dette d'impôt personnelle, une dette réelle de la marchandise. Cette dette réelle n'est, en réalité, que la surveillance qui s'exerce sur elle et sur ses conducteurs.

(4) La loi douanière § 97 ss. distingue les entrepôts publics et les entrepôts privés; parmi ces derniers, seuls les entrepôts de transit et les dépôts

La dette d'impôt reste alors provisoirement en suspens. Cela veut dire qu'en attendant elle n'existe pas; son existence est retardée, on ne peut même pas dire qu'elle existera un jour : par exemple, si la marchandise retourne à l'étranger ou périt, la dette n'existera jamais (5).

Cette dette d'impôt en suspens signifie cependant plus qu'une simple indécision. Attendre à la frontière, se trouver sur un territoire exclu de la ligne de douane ou dans un entrepôt libre, ce n'est pas, pour une marchandise, la même chose que de voyager accompagnée d'un Regleitschein I, ou d'entrer dans un entrepôt de douane. Dans ce dernier cas, la dette devrait déjà légalement exister.

Il résulte de là qu'il naît d'abord un pouvoir de surveillance sur la chose pour assurer la possibilité de l'impôt (charge qui pèse sur cette chose et qui n'a pas encore été réglée, et que nous verrons aux §§ 30 et 32 ci-dessous), mais aussi une obligation personnelle immédiate de la personne qui a obtenu le Regleitschein et déposé la marchandise. C'est non pas une obligation de payer, mais une obligation *de garantir*. Il doit garantir que le droit de douane à acquitter sur cette marchandise d'après son état actuel sera, dans le temps, démontré comme non existant ou comme dûment acquitté (6).

de division (Theilungslager), nous intéressent ici : Régulatif pour les entrepôts privés du 8 juin 1888 § 4 (Centr. Bl. 1888 p. 235) : *Lœbe* Zollstrafrecht, p. 99 ss.

(5) La loi sur les douanes § 9 donne un criterium pour connaître le moment où la dette de l'impôt est née en indiquant les actes qui, dans le cas d'un changement de tarif, désignent celui qui est applicable. L'introduction de la marchandise dans un des entrepôts nommés à la note 4 ci-dessus n'y est pas énumérée. Donc la dette de l'impôt n'existe ici qu'à la sortie de l'entrepôt pour entrer dans la libre circulation ; le tarif qui, à ce moment, est en vigueur trouvera son application ; règlement des entrepôts privés, § 16 (Centr. Bl. 1888 p. 239).

(6) Cette garantie n'est qu'un côté de la dette d'impôt en suspens et repose sur le même fondement juridique. Néanmoins, on ose la reven-

Dans ce but, il y a, au commencement de la dette en suspens, une constatation de la nature et de la quantité de la marchandise pour laquelle la libération devra être démontrée.

La libération de la garantie s'effectue par la preuve que la dette effective est née après coup et a été acquittée par l'entrée de la marchandise dans la libre circulation et par sa soumission au bureau de perception.

Mais elle peut également se faire par la preuve de l'exportation, ou bien, dans une mesure plus ou moins restreinte, par la preuve de la perte de la marchandise (7).

Pour faire cette preuve, un certain délai est accordé ; ce délai passé, on fait valoir la garantie en exigeant le montant des droits garantis qui ne sont pas démontrés éteints (8).

La dette d'impôt en suspens avec la garantie qui l'accompagne se trouve aussi, en dehors des droits de douane et d'après le modèle qu'ils nous donnent, appliquée à d'autres impôts, surtout dans les lois

diquer pour le droit civil ; voyez par ex. : *Lœbe*, Zollstrafrecht, p. 93. On semble vouloir admettre une espèce de contrat.

(7) La preuve de la perte de la chose devient plus rigoureuse pour le débiteur à chaque degré de l'émunération que nous donnons ci-dessous : entrepôts publics, entrepôts privés de transit et de division sous-clef de l'autorité, enfin ces mêmes entrepôts sans cette précaution ; règlement des entrepôts privés 8 juin 1888 § 4, § 19 (Centr. Bl. 1888, p. 239) ; loi sur les douanes § 103. En ce qui concerne les différences de poids dans le cas d'un acquit à-caution n° 1, voy. loi sur les douanes § 103. Comp. aussi la loi de l'impôt sur le tabac § 9.

(8) Pour faire mieux comprendre la chose, on a désigné les entrepôts exempts de droits de douane comme « des enclaves pour ainsi dire de l'étranger » ; *v. Mayr* dans Wörterb, II, p. 948. Le wagon plombé qui roule sur le chemin de fer ne s'accommode pas de cette image, quoique sa signification juridique soit la même. Mais encore ne faut-il pas oublier que le dépôt de la marchandise à l'étranger ou dans une enclave fictive de l'étranger n'aurait qu'une importance juridique négative, tandis que la dette d'impôt suspendue produit cependant déjà des droits de rétention sur la chose et des obligations en germe. Si la notion « pays étranger » veut dire exemption de droits de douane, alors les entrepôts ne peuvent pas être comparés complètement à des pays etrangers.

Digitized by Google

d'impôt de l'Empire. Ses formes fortement prononcées seront chaque fois faciles à reconnaître (9).

La création d'une dette d'impôt en suspens repose toujours sur une prescription légale ; elle s'opère tantôt du consentement du débiteur, tantôt sans ce consentement.

Indépendamment de la volonté du débiteur, la dette d'impôt en suspens est *octroyée* à certains établissements industriels, pour assurer le recouvrement de l'impôt auquel leurs produits seront soumis.

On trouvera des exemples au § 30, note 12 ci-dessous. Cela n'a pas l'air d'une facilité, il est vrai : mais on l'appelle ainsi parce que, sans cela, la loi pourrait avancer le terme de l'origine de la dette d'impôt elle-même, en frappant, par exemple, la naissance des produits au lieu de leur expédition.

La dette d'impôt en suspens existe sur la demande du débiteur, elle lui est *accordée*, quand elle doit remplacer la dette définitive qui, d'après la loi, existerait tout de suite. C'est alors qu'elle présente un véritable soulagement pour le débiteur. Mais les mesures administratives auxquelles la loi attache cet effet dépendent plus ou moins de la bonne volonté de l'administration.

La loi peut établir un droit à l'obtention de cette atténuation, en l'attachant à une mesure administrative accessible à tout débiteur de l'impôt. Exemple : le certificat de transport contrôlé appelé Regleitschein I.

Elle peut aussi autoriser l'administration à créer, aux endroits les plus propices, des établissements dont il faut user pour bénéficier de cette nature de faveur. C'est le cas des entrepôts publics. Les entrepôts une

(9) Loi de l'impôt sur le sel, 12 oct. 1867 § 9 ; loi de l'impôt sur l'alcool, 24 juin 1867 § 11 ; loi de l'impôt sur le tabac, 16 juillet 1876 § 6, § 21.

Digitized by

fois établis sont alors accessibles à tout le monde en remplissant les conditions fixées par les régulatifs qui les concernent. Les règles, d'après lesquelles les individus sont admis à profiter des services publics (comp. § 52 ci-dessous), trouvent là leur application. Le refus de l'admission, à la différence du premier cas, n'est donc pas une violation d'un droit; mais c'est à l'autorité dirigeante d'y mettre ordre. L'admission effectuée produit la modération par l'effet de la loi. Enfin, la loi peut laisser l'administration libre d'accorder, de refuser ou de retirer, *comme elle le juge à propos*, la jouissance d'un arrangement auquel la modération doit être attachée. C'est dans ce sens que les entrepôts privés sont réglés. La loi, après avoir autorisé leur création, renvoie pour tous les détails aux régulatifs, qui eux-mêmes n'ont pas le caractère de règles de droit. Le régulatif laisse alors la plus grande latitude aux autorités financières à qui incombe l'exécution (10). Il n'y a pas ici d'ordre juridique. Si, malgré cela, peu d'injustices sont commises, cela tient au bon esprit de l'administration qui peut, comme nous le savons, remplacer, jusqu'à un certain point, l'ordre juridique.

II. *Délai accordé* pour le paiement de l'impôt. L'existence de la dette de l'impôt n'implique pas nécessairement son exigibilité immédiate. La loi fixe en partie à l'avance des termes généraux, auxquels la perception doit avoir lieu. Ainsi, la plupart des impôts directs sont échelonnés en termes sur toute l'année ; pour les impôts indirects, quand ils s'attachent à une industrie continue, il y a des délais analogues (11).

(10) Le règlement des entrepôts privés 8 juin 1888 ne fixe aucune règle pour accorder cette faveur ; en ce qui concerne le retrait, il se borne à citer quelques exemples de cas dans lesquels cette faveur peut être retirée « particulièrement ».

(11) Loi Bavaroise sur la taxe du malt, 26 mai 1868 art. 43 ; loi de l'Emp. de l'impôt sur le tabac, 16 juillet 1879, § 19.

Digitized by Google

Nous entendons par délai accordé spécialement, la remise du terme d'échéance faite dans un cas individuel par les autorités fiscales. Comme elle doit entraver l'exécution de la loi ou de l'acte administratif légal, — exécution qui est liée, — elle a toujours besoin d'un fondement légal.

Pour les impôts directs, des autorisations de ce genre sont d'ordinaire accordées quand on se trouve en présence d'un débiteur en détresse (12). Le délai est prononcé par acte administratif de l'autorité qui détermine le rapport juridique en accordant un nouveau délai d'échéance.

Le délai peut figurer avec le même sens dans les impôts indirects, du moins en principe. Mais ici il s'applique surtout aux impôts sur le mouvement de marchandises, en vue d'accorder une modération du fonds de roulement nécessaire. Ici la considération de la pénurie du débiteur n'est pas décisive ; au contraire, son crédit avéré peut être directement la condition du délai à accorder (13). Mais de ce but d'économie politique il est impossible de tirer une règle fixe pour l'application de la mesure dans le cas individuel. Dès lors, le délai à accorder reçoit ici encore une certaine régularité en s'attachant à des arrangements administratifs dont il faut profiter pour l'obtenir.

Ces arrangements peuvent être réglés directement par la *loi* elle-même, qui fixe les conditions de l'admission ; il y a alors droit individuel au délai qui en résulte. De ce genre est le certificat nommé *Begleitschein II* d'après notre loi douanière. Le conducteur

(12) Les gouvernements de district prussiens ont été autorisés d'une manière générale à accorder des délais par l'ordre de cab. du 31 déc. 1825. Toutefois, le délai ne doit pas excéder le terme de la clôture des comptes de l'année.

(13) La loi de l'imp. sur le tabac § 20 règle les certificats de crédit de l'impôt sur le tabac, qui doivent être délivrés par l'autorité du domicile pour prouver devant toutes les autorités fiscales que le porteur est digne de ce crédit.

Digitized by

de la marchandise peut demander au bureau de la frontière, que la perception du droit se fasse par un autre bureau, situé plus loin dans l'intérieur. Le montant du droit est alors immédiatement constaté ; la dette existe immédiatement à la charge du demandeur. On peut exiger des garanties. La marchandise est surveillée comme dans le cas du Begleitschein I, mais seulement pour assurer le gage du droit. Le paiement se fait au lieu de destination seulement; il y a délai jusqu'à ce moment, en vertu de la loi (14).

D'autres moyens pour obtenir le délai peuvent être accordés au débiteur, et peuvent aussi être retirés.

Ainsi l'établissement d'*entrepôts privés de crédit* (15). Le dépôt, qui s'y fait, n'entraîne pas de dette d'impôt en suspens. La dette, au contraire, existe immédiatement au moment où l'on en a fait l'inscription sur le registre du dépôt, quand la marchandise est arrivée avec acquit à caution n° 1, donc avec suspension des droits. La mise en dépôt n'opère pas la suspension d'une dette née auparavant. Il n'y a qu'un sursis accordé pour l'acquittement, à la condition que la marchandise reste dans l'entrepôt. Ce rapport trouve son expression dans un compte courant qui est ouvert par la douane au débiteur : il y est débité du montant des droits pour les marchandises entrant, crédité des sorties faites avec acquittement des droits. La mise en entrepôt et la surveillance n'ont pour but que d'assurer le gage du fisc et de contrôler l'exactitude

(14) Loi sur les douanes § 51. La différence juridique entre l'acquit-à-caution n° I et l'acquit à caution n° II est indiquée dans le § 9 précédent : quand il y a changement de tarif pendant le transport, la dette, dans le cas d'un acquit n° I, s'évalue d'après le nouveau tarif, dans le cas de l'acquit n° II d'après l'ancien. Au lieu de les numéroter d'une manière si peu gracieuse, on pourrait les appeler acquit à caution avec dette liquidée et acquit à caution avec dette à liquider.

(15) Loi sur les douanes § 108 ; règlement des entrepôts privés § 2 et § 11.

Digitized by Google

du compte par des vérifications régulières. Tout déficit constaté, quelle qu'en soit la cause, donne lieu au paiement immédiat des droits y afférents : la condition du délai accordé, à savoir la présence de la marchandise, a cessé d'exister (16).

Une forme spéciale voisine est représentée par le soi-disant *crédit de douane permanent*, qui peut être accordé à des marchands de vin en gros (17). Le délai est donné pour les droits correspondant à une certaine quantité de marchandises (pas au-dessous de 35.000 kg.). Ce qui entre dans les magasins du bénéficiaire de cette faveur, jusqu'à ce que cette quantité soit atteinte, est porté sur le crédit permanent; ce qui l'excède seulement paie les droits, que la marchandise entre ou non dans les magasins. Mais le magasin doit toujours, pour la sûreté du gage, contenir des marchandises ayant une valeur égale à celle du crédit. Ces marchandises peuvent, par des entrées et des sorties, être changées à volonté et varier de valeur au-dessus de cette ligne. Sur tout le mouvement, un

(16) En conséquence, d'après la loi sur les douanes § 9, les droits se calculent d'après le tarif en vigueur au moment de l'inscription sur le registre de l'entrepôt, à la différence du cas de mise dans un entrepôt exempt de droits où le moment de la sortie est décisif. Le règlement des entrepôts privés § 4 donne à la naissance immédiate de la dette cette expression que l'entrepositaire, dans les entrepôts de crédit, a une responsabilité absolue du droit selon le poids constaté, lors de la mise en entrepôt, tandis que, dans les autres entrepôts, ceux avec dette d'impôt en suspens, on admet des restrictions de cette responsabilité en cas de perte et de diminution (comp. la note 7 ci-dessus). Dans l'exposé excellent présenté par *v. Mayr* dans Wörterbuch II, p. 948 le contraste juridique de ces deux sortes d'entrepôts s'efface. C'est embrouiller le problème que de les comprendre toutes les deux sous la designation de « localités pour ainsi dire exterritoriales *ad hoc* ». L'entrepôt privé de crédit n'a pas plus d'exterritorialité qu'un mont de piété. Le même défaut de distinction se trouve chez *G. Meyer*, V. R. II. p. 335. Les entrepôts privés de crédit sont placés ici tout simplement parmi les autres arrangements qui réservent à une époque ultérieure la décision sur le point de savoir si un droit de douane devra ou non être payé.

(17) Règlement des entrepôts de vins, 8 juillet 1888 § 11 ss. (Centr. Bl. 1888, p. 257).

Digitized by Google

compte officiel est établi et tenu au courant de tout ce qui se passe au moyen de révisions. S'il apparaît que le magasin n'offre plus l'état correspondant au crédit, le montant du crédit est diminué en conséquence La différence est exigible tout de suite. De même, le bénéfice de l'arrangement peut à tout moment être retiré selon la libre appréciation de l'administration ; alors l'impôt crédité est exigible en entier (18).

Nous rencontrons d'autres cas d'application de cette forme de délai dans l'ouverture de comptes courants pour des marchands en gros, s'occupant du trafic à l'étranger de marchandises étrangères (loi de douane § 110) ; elle se joint aux faveurs accordées au commerce des marchés et foires (§ 112), aux marchandises de retour (§ 114), ainsi qu'à celles de l'admission temporaire (§ 115). Mais dans ce cas, l'institution, dont nous allons parler tout à l'heure (n° III ci-dessous), entre tellement en première ligne que le délai accordé passe presque inaperçu.

Même en dehors de ces arrangements généraux impliquant des délais de paiement, des délais de paiement peuvent être accordés, en vertu d'autorisations légales, dans les cas individuels, sans qu'il y ait

(18) Règlement des entrepôts de vins § 1. Ce qui est particulier, c'est que le droit qui devra alors être payé est calculé d'après le tarif en vigueur au moment de l'exigibilité de la dette. Cela paraît être en contradiction avec la nature de l'obligation ajournée. Mais, en réalité, cette manière de calculer se présente comme la seule possible, étant donné que dans tout ce procédé il n'y a pas moyen de distinguer ce qui, dans la masse présente, a été introduit sous l'ancien tarif et ce qui a été introduit sous le nouveau. On fait donc une cote mal taillée. Cette particularité paraît avoir amené *v. Mayr* à refuser au crédit de douane permanent la nature « d'un véritable crédit de droits dus » (Wörterbuch II, p. 967). Mais la chose devient très claire avec la prescription du règlement des entrepôts de vins § 11 : « Dans cette masse (devant subsister pour contrebalancer le crédit) on ne comptera que les vins étrangers du bénéficiaire du crédit qui sont en libre circulation » Pour que ces vins soient « en libre circulation », il faut que la dette de l'impôt soit née ou acquittée ou ajournée.

détresse du débiteur, par le seul motif d'économie politique de ménager le fonds de roulement. Dans cet ordre d'idées, on accorde surtout des délais aux débiteurs de l'impôt sur les tabacs et l'alcool, individuellement et pour chaque article d'impôt à part. Cet intérêt d'économie politique peut naturellement valoir partout. A défaut d'une règle fixe, ce qui décide ici sur le délai à accorder ou à refuser, c'est la libre appréciation, la bonne volonté des autorités, dirigée plus ou moins par des instructions.

Il y a encore, au point de vue juridique, une différence à relever entre ces deux formes de délai : dans ce dernier cas, à l'opposé de ce qui a lieu, quand on profite du délai attaché à certains arrangements généraux, le délai accordé individuellement représente un acte administratif qui fixera en même temps, d'une manière obligatoire, l'article d'impôt dont le paiement est retardé. Cela peut avoir de l'importance pour la question des moyens de recours, du cours de la prescription, etc. (19).

III. *La dette d'impôt conditionnelle.* — La dette qui est soumise à une condition se distingue de la dette en suspens en ce que le moment de son existence est fixé. La dette ici est née et existe, quoique née sous une condition qui pourra l'annuler. La dette en suspens signifie, au contraire, la simple possibilité d'une dette d'impôt à naître ; cette dette elle-même n'existe pas encore.

Les impôts indirects fournissent aussi, pour cette

(19) Les régulatifs désignent cet ajournement accordé par acte spécial à la différence de celui qui dépend de certains arrangements, sous le nom de « crédit d'argent » (p. e. règlement des entrepôts de vins § 14, 15). La somme due est ici l'objet direct des procédés officiels ; dans les autres cas, c'est plutôt la marchandise elle-même avec la somme qui en dépend. Juridiquement, cette façon de parler est incorrecte : le droit de douane se ramenant toujours à une question d'argent, le délai accordé, dans un cas comme dans l'autre, est un « crédit d'argent ».

Digitized by Google

forme juridique, la sphère d'application la plus large (20).

Le point de vue économique — qui se trouve à la base de la création de nombreux impôts indirects, — est que la marchandise reste dans l'intérieur du pays et y est consommée ; aussi les a-t-on appelés impôts de consommation. Quand cette présomption est contredite par la réexportation de la marchandise, alors pour répondre à la véritable intention de l'imposition, un changement doit s'opérer. La même chose peut arriver quand l'impôt suppose qu'il est fait un certain usage de la marchandise et que, par la suite, un autre usage prévaut, usage qu'on n'a pas voulu frapper. Si l'impôt qui frappe cette marchandise a déjà été acquitté, il y a lieu à *bonification*. Cette bonification est un acte à part, qui ne s'attache à la perception de l'impôt qui précède que dans les motifs qui ont poussé le législateur à agir. Elle appartient donc juridiquement à une toute autre série d'institutions, aux prestations unilatérales en argent faites par l'Etat, dont nous traiterons au § 56 ci-dessous. Ici nous avons à supposer le cas où l'impôt n'a pas encore été perçu. La marchandise qui, selon l'expression de la loi, est soumise au droit du fisc et qui est exportée a pu se trouver dans deux situations différentes au point de vue de l'impôt.

Ou bien la marchandise était soumise à une dette d'impôt en suspens. La décision sur l'existence définitive

(20) C'est par exception que nous trouvons la dette d'impôt conditionnelle dans les impôts directs. Un exemple dans la loi Bav. sur les droits de succession, 18 août 1879, art. 16 et 17. *Behr* dans Arch. für öffentliches Recht XVI, p. 10. La note 34 trouve que la distinction de la dette d'impôt en suspens et de la dette conditionnelle n'est « nullement claire ». Elle deviendra claire, même pour *Behr*, quand il aura renoncé à vouloir embrouiller cette matière par l'idée malheureuse de la « dette réelle ».

Digitized by Google

de cette dette a été remise par suite du transport avec l'acquit à caution n° I, ou de l'entrée dans un entrepôt public. Alors le fait de l'exportation apporte simplement la décision, que la dette d'impôt n'existe pas ; l'état d'indécision cesse. Ou bien la dette de l'impôt était déjà née, l'acquittement seul avait été remis. C'est le cas qui nous intéresse. Quand la loi veut faire valoir le point de vue économique dont nous parlions ci-dessus, elle décide que l'exportation — et ce qui lui est assimilé, — annule la dette de l'impôt qui était née et dont le paiement avait été remis, absolument comme si elle n'avait jamais existé. Dans quelles circonstances cela doit-il avoir lieu, la loi seule peut le dire ; mais il peut dépendre, dans une large mesure, de l'arbitraire des autorités fiscales, que l'accomplissement de ces conditions soit rendu possible ou refusé à l'individu.

Le cas général est celui dans lequel l'autorité attache à l'origine même de la dette de l'impôt, par un consentement exprès, la réserve d'une annulation. Cela ressemble alors beaucoup, extérieurement aussi, à une condition ajoutée. Et cette condition peut être résolutoire ; le délai de paiement existe alors à côté de la condition. Un exemple se trouve dans les comptes courants des marchands en gros, d'après la loi de douanes § 110. Les marchandises étrangères sont délivrées avec délai de paiement pour les droits de douanes, et la dette existe immédiatement. Le destinataire est chargé du montant sur son compte courant, mais sous réserve d'une décharge, si, dans un certain délai, il prouve la réexportation.

Le même résultat de la remise de l'accomplissement et de la réserve de l'annulation peut aussi être obtenu sous la forme d'une condition *suspensive*. La dette de l'impôt, au moment où elle doit naître, n'est que notée pour mémoire ; si, après coup, la condition fait défaut,

Digitized by Google

tout sera, dès le commencement, réputé comme non avenu ; est-elle remplie, la dette de l'impôt est née à ce premier moment.

La condition suspensive peut être formulée affirmativement ou négativement.

Des conditions suspensives affirmatives se trouvent dans certaines exemptions des droits de douane pour usages déterminés. D'après les lois de tarif du 15 juillet 1879, 22 mai 1885 et 21 décembre 1887, certaines marchandises, qui auraient dû être soumises aux droits, peuvent être importées librement en vue d'un usage déterminé, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un certificat de permission expresse : machines à vapeur pour la construction des vaisseaux, thé pour la fabrication de la théine, etc. Cela veut dire non pas que l'emploi pour le but déterminé est la condition de l'exemption de la dette d'impôt, mais que l'emploi pour un autre but est la condition de l'existence de cette dette. Donc, au cas de perte fortuite de la marchandise, la dette de l'impôt n'entre pas en vigueur. Au cas d'emploi pour un autre but, elle est considérée comme née au jour de l'importation ; l'importateur aura à payer les droits selon le tarif en vigueur ce jour-là (21).

Des conditions suspensives négatives se trouvent dans les faveurs accordées au commerce des marchés et foires, aux marchandises étrangères destinées à recevoir, à l'intérieur, un complément de main-d'œuvre (Loi de douane § 112, § 114, § 115). La loi parle ici d'une remise des droits d'entrée, d'un affranchissement de droits. Mais ces expressions ne désignent, dans le langage courant, que l'aspect extérieur : on ne voit pas de droit payé ; peut-être n'en

(21) *Lœbe*, Zollstrafrecht, p. 103. La loi sur les douanes, § 136 chiffre 9 exige dans ce cas le payement, après coup, de « l'impôt intégral » et se place ainsi au point de vue de l'époque de l'importation.

sera-t-il jamais payé. Mais une véritable remise de l'impôt dans le sens juridique n'a pas lieu ici. La chose, au contraire, se présente, par exemple, dans le cas principal de l'admission temporaire dit Veredelungsverkehr, de la manière suivante : l'autorité douanière, en vertu de l'autorisation de la loi, admet la marchandise afin qu'elle subisse, dans l'intérieur, une transformation. Elle ajoute ainsi à la dette d'impôt, qui prend son origine à ce moment même, la condition suspensive, que la marchandise transformée ne sera pas dans un certain délai présentée pour la réexportation. Si dans ce délai la réexportation est effectuée, la dette d'impôt, dont la condition vient à défaillir, n'existe pas. La réexportation ne se fait-elle pas à temps, soit que la marchandise reste dans l'intérieur, soit qu'elle vienne à être perdue, peu importe, la condition est accomplie ; l'impôt doit être payé selon le tarif en vigueur au jour de l'importation (22).

(22) Résolution du Bundesrath, 24 mai 1877 (Centr. Bl. 1888 n. 31, supplém. p. 493). A l'entrée avec admission temporaire, le droit de douane est « noté ». Avec l'accomplissement de la condition suspensive, cette note devient d'elle-même un article de compte en débet pour l'importateur. Au contraire, la dette de droits avec condition résolutoire et paiement ajourné apparaîtra dans les livres immédiatement comme article en débet avec réserve de l'annulation. Donc si, par exemple, une marchandise entre dans un entrepôt de compte courant (loi sur les douanes § 110), l'entrepositaire est débité du montant des droits ; sort-elle de nouveau de l'entrepôt sans acquittement des droits avec admission temporaire pour subir des transformations, le montant des droits est inscrit sur le compte-courant et l'importateur est chargé d'une note de la dette d'impôt : le droit a passé de la condition résolutoire à la condition suspensive (Règlement des comptes-courants 8 juin, 15 déc. 1877 § 21 ; Centr. Bl. 1877, p. 591). Une autre série d'écritures se présente au passage de la dette d'impôt en suspens à la dette conditionnelle. A la réception dans l'entrepôt public, la marchandise — non pas le droit dû, car il n'y a pas encore de dette — est portée sur le registre de l'entrepôt pour constater l'obligation de l'entrepositaire de garantir sa présentation. Lors de la sortie pour des transformations avec admission temporaire, cette inscription est biffée, la garantie est remplacée par une dette d'impôt à condition suspensive qui est notée. Avec l'accomplissement de la condition par l'expiration du délai, la dette prend son effet le jour de sa naissance conditionnelle et est portée comme article de débet échu.

Digitized by Google

Tout autre est cette espèce de résiliation de la dette d'impôt, qui est réglée par la loi de l'impôt sur le tabac. La dette d'impôt existe au moment du pesage ; mais un délai de paiement est accordé jusqu'à la vente, ou un terme fixe plus éloigné. Toutefois, le débiteur, d'après le § 17 de la loi, peut, après le pesage, mettre la marchandise dans un entrepôt pour marchandises avec droits impayés. Alors sa dette d'impôt est révoquée en ce qui concerne le poids total de cette marchandise. Elle est remplacée d'abord par une dette d'impôt en suspens, qui peut-être disparaîtra tout à fait à la suite d'une exportation, ou peut-être, quand la marchandise sortira de l'entrepôt pour entrer dans la libre circulation, se transformera en une dette d'impôt nouvelle, indépendante de la dette originaire éteinte par la mise en entrepôt (23).

La dette d'impôt du planteur a donc reçu, de par la loi, une condition résolutoire dont l'accomplissement est à la portée de tout le monde, sans un consentement spécial de l'autorité, pourvu seulement qu'en fait il existe des entrepôts publics dont on puisse profiter.

(23) *G. Meyer*, V. R. p. 330 ne voit dans la réception du tabac dans un entrepôt exempt de droits qu'un « ajournement du terme de l'échéance ». Ce qui se passe en réalité est beaucoup plus énergique ; c'est une transformation de la dette d'impôt. La loi dit expressément : l'obligation d'acquitter l'impôt fixé lors du pesage *s'éteint*.

Digitized by Google

§ 29

Continuation : modifications et extinction de la dette d'impôt.

Le but final de l'imposition est l'acquittement de la dette. Créée pour un cas individuel par la règle de droit, la dette s'éteint par le versement de la somme fixée.

A côté de cette extinction régulière, des modifications peuvent se produire, résultant d'institutions spéciales au droit des impôts.

I. — Pour mener à bonne fin le rapport juridique créé par l'imposition légale, les deux parties ont à faire des actes en vue de conserver leurs droits : l'administration des finances, pour faire valoir le droit à l'impôt ; le sujet, pour se défendre contre des prétentions mal fondées. Faute par eux de l'avoir fait à temps, ils éprouvent certains préjudices concernant le rapport originaire ; ils encourent des *déchéances*.

Du côté de l'Etat, l'omission de faire valoir sa créance amène la perte de cette créance. Cela s'opère de deux manières : par l'exclusion d'une cotisation supplémentaire et par la prescription.

1) Toute créance d'impôt a un terme et doit régulièrement être réalisée à ce terme. L'origine de la dette d'impôt influe sur la détermination du terme ; cette dette nous est connue par l'apparition des faits auxquels elle s'attache, et, dans le cas d'impôt permanent, par le retour de l'époque de son imposition périodique. La réalisation de la dette d'impôt après l'époque

Digitized by Google

où régulièrement elle devait être attendue s'appelle une *perception supplémentaire* (Nachholung).

Ces réalisations tardives, étant incertaines et inattendues, peuvent présenter pour le débiteur une aggravation. Aussi la loi positive accordera peut-être certains délais.

Comme pour toutes les créances, le principe est que le simple retard à la faire valoir ne compromet pas l'existence de la créance elle-même (1). Et il serait indifférent que le retard ait eu lieu dans la constatation et dans la fixation de la dette ou seulement dans l'encaissement effectif.

Mais quand on parle de perception supplémentaire, on a spécialement en vue la fixation tardive, parce qu'ici l'admissibilité à cause de motifs spéciaux peut devenir douteuse. Ces causes spéciales n'existent que pour l'impôt direct ; en effet, chez celui-ci, la constatation se fait par l'acte administratif formel de la cotisation, qui fixe d'autorité le montant d'impôt dû par l'individu. Cet acte, — comme le jugement de condamnation en matière criminelle, avec lequel il a une certaine affinité juridique (§ 27, III, n. 1 ci-dessus), — est soumis à la maxime : *ne bis in idem*. Il ne peut être changé qu'autant que la loi le permet. Mais la loi ne le fait que de deux manières : au profit du débiteur ; sur sa réclamation, un nouvel examen a lieu par l'autorité invoquée ; contre lui, dans le cas où, par sa faute, par une violation des devoirs qui lui

(1) *Bornhak*, Preuss. St. R. III, p. 518, semble vouloir dire que la perception supplémentaire ne devient admissible que par une permission spéciale de la loi : « L'impôt n'est-il pas exigé à cette époque, la perception est encore admissible d'après la loi du 18 juin 1840 sous certaines conditions ». Naturellement, quand la loi dit : la perception supplémentaire est admissible sous telles et telles conditions, elle exclut cette perception pour les autres cas, même si elle ne l'énonce pas expressément, comme la loi de 1840 l'a fait pour le cas principal. Pour l'appréciation juridique de la loi et pour son interprétation, cette exclusion de la perception supplémentaire est le point principal et essentiel pour déterminer ce qu'elle comporte de nouveau.

Digitized by Google

incombent dans la procédure préparatoire, ou par suite d'autres faits contraires à la loi, la cotisation est devenue incomplète, dans le cas de fraude (comp. § 31 ci-dessous).

En dehors de ces cas, l'acte est intangible ; l'impôt direct est lié par la cotisation ; il ne peut être perçu qu'en vertu et en conformité de la cotisation ; une perception supplémentaire qui serait en contradiction avec cette cotisation est donc exclue, même si en face de la dette d'impôt légale la cotisation était insuffisante.

Mais l'exclusion de la perception supplémentaire repose uniquement sur la force de l'acte administratif émis. Il ne s'agit ici que d'omission partielle ; quand il n'y a pas eu de cotisation du tout, la perception supplémentaire, moyennant un acte administratif nouveau, est possible jusqu'à la prescription.

De là résulte la règle, si souvent répétée, qu'une perception supplémentaire pour omission dans la constatation de la dette d'impôt n'est admissible, pour les impôts directs, qu'aux cas d'*omission* et de *fraude*.

Ou mieux encore : la cotisation effective de l'impôt direct libère le débiteur de l'excédent de sa dette d'impôt, le cas de la fraude excepté (2).

(2) La règle se trouve formulée pour la première fois dans la loi prussienne du 18 juin 1840 sur les réclamations et délais de prescription concernant les contributions publiques, § 6 : la perception supplémentaire des impôts directs n'a lieu que dans le cas d'une omission complète ; de plus, d'après le § 10, dans le cas d'une « contravention contre les lois d'impôt ». Dans ce dernier cas, il est dit que « la perception supplémentaire ne se prescrit que simultanément avec la punition légale » ; mais par les autres prescriptions qu'elle veut rendre inapplicables ainsi, la loi entend aussi l'exclusion de la perception par une cotisation incomplète. Cette confusion se trouve encore ailleurs, par exemple chez *v. Roenne*, Preuss. St. R. IV, p. 863. La véritable idée est indiquée par *Seydel*, Bayr. St. R. IV, p. 201 : l'inadmissibilité de la perception supplémentaire repose sur la « force de la chose jugée de la fixation de l'impôt ». De chose jugée dans le sens strict de la procédure civile et de la justice administrative (comp. § 13, II ci-des-

Digitized by Google

Toutes autres perceptions supplémentaires pour impôts directs ou indirects sont possibles.

2) La *prescription* n'est pas une institution générale du droit public ; l'exercice du pouvoir de police, par exemple, ne souffre pas d'entrave à raison du temps qui s'est écoulé. Pour les créances d'impôt, au contraire, elle est reconnue partout et réglée par des lois générales sur la prescription des impôts et taxes ou par les lois des différentes espèces d'impôts. Le délai de la prescription est généralement court : trois à quatre ans en général.

Mais on distingue deux sortes d'effets destructifs du temps quant aux droits de l'administration de l'impôt.

La première est la prescription de l'impôt proprement dite, la *prescription de l'arriéré*. C'est d'elle qu'on veut parler quand on dit simplement « prescription de l'impôt ».

Elle suppose une créance d'impôt échue ; elle suppose donc, dans l'impôt indirect, l'existence des faits auxquels la dette d'impôt s'attache, et, dans l'impôt direct, l'acte administratif, qui rend la perception possible. Pour les deux, l'échéance peut être remise par des délais de paiement accordés par la loi ou d'une façon spéciale.

La prescription court soit de l'échéance, soit, pour simplifier la comptabilité, de la clôture de l'exercice pendant lequel l'échéance a eu lieu (3).

sus), il ne peut pas être question ici, cela va sans dire ; on veut simplement parler de l'acte administratif inaltérable. Il ne faut pas vouloir en conclure que la même fixité de la dette d'impôt, entraînant la perte de l'excédent, devrait toujours exister dans les impôts indirects, aussitôt que, pour une raison quelconque, il intervient un acte administratif déterminant l'impôt. Cela peut se faire dans la résolution de l'autorité douanière qui, statuant sur la peine, ordonne en même temps l'acquittement des droits fraudés (loi sur les douanes, § 135; *Löbe*, Zollstrafrecht, p. 63) ; l'ajournement accordé peut aussi renfermer une fixation pareille (comp. § 27, III, 2). Il faut examiner si cet acte administratif a le même caractère inaltérable que la cotisation ; cela sera le cas de la résolution pénale, mais non de l'acte d'ajournement.

(3) Loi pruss. 18 juin 1840, § 8 (et § 7) ; loi bavar. 28 déc. 1871, § 32 ; loi badoise, 21 juillet 1839, art. 1.

Digitized by Google

La prescription est interrompue par tout acte de l'administration dirigé contre le débiteur dans le but de percevoir l'impôt, quand cet acte saisit effectivement le débiteur et montre que l'administration cesse ainsi d'être inactive vis-à-vis de lui. La forme la plus importante est la sommation de payer, l'introduction de la contrainte administrative (comp. § 32 ci-dessous). Le même effet est attaché à la signification de la demande ou à la production à la faillite. Il suffit aussi de l'acte par lequel un délai de paiement est accordé : dans ce cas encore, l'administration sort de son inactivité.

La loi peut admettre aussi les autres causes d'interruption du droit civil, en particulier la reconnaissance de la dette faite par le débiteur ou simplement la demande d'un délai qui implique la reconnaissance. Ces causes ne s'appliquent pas ici de plein droit (4). En principe il n'y a pas lieu d'appliquer simplement les règles du droit civil ; notre institution du droit public a son existence propre.

Si l'on veut faire une comparaison, l'extinction de la créance d'impôt par l'écoulement d'un certain temps ressemble plutôt à la prescription de la condamnation criminelle qu'à la prescription civile. Il s'agit d'un exercice de la puissance publique qui doit devenir impossible par l'écoulement du temps. Ce résultat ne peut être empêché que par tout acte de l'autorité chargée de l'exécution « tendant à l'exécution de la peine » (Stf. B. G. § 72), disons ici « à la perception de l'impôt ». Les prescriptions du droit public ont toutes plutôt le caractère de délais de corclusion.

(4) Dans Bl. f. adm. Pr. XXV, p. 1888, par exemple, on veut tout simplement appliquer à notre matière les règles du droit civil. De même *Hock*, Handbuch d. Finanzverwaltung, I, p. 329, veut admettre une prescription suspendue dans le cas où les fonctionnaires chargés de la perception ignorent l'existence de la créance d'impôt, d'après la maxime : *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Tout cela ne peut pas nous intéresser.

Digitized

A côté de cela, il y a la seconde espèce de prescription, dans laquelle la *fixation de l'impôt par acte d'autorité devient impossible* après un certain délai fixé par la loi.

Il s'agit donc d'un cas de perception supplémentaire analogue à celui que nous avons vu au n° 1 ci-dessus.

Pour que cette prescription ait lieu, il faut que la perception supplémentaire ne soit pas déjà exclue dès le commencement. Ainsi, dans les impôts directs, ne pourrait-elle avoir son effet que dans les cas d'omission et de fraude.

Mais dans ces cas, elle comble une lacune ; car ici la créance de l'impôt ne serait pas soumise à la prescription de l'arriéré ; elle ne devient exigible que par la fixation, qui apparaît ici dans la forme d'un acte administratif déterminant l'exécution de la dette d'impôt. Sans la fixation, il n'y a donc pas d'arriéré dans le sens que nous avons exposé, et, par conséquent, pas de prescription de l'arriéré. D'où cette conséquence, qu'en l'absence de cette seconde sorte de prescription, dans le cas d'omission ou de fraude, la perception supplémentaire de l'impôt direct ne serait soumise à aucune limite de temps (5).

(5) Dans ces cas, on sera disposé, pour combler la lacune, à étendre la prescription légale de l'impôt au cas où la cotisation a été omise. Un exemple s'offre dans la loi bav. sur les droits de succession, où l'on a prévu une prescription d'arriéré, mais non pas une prescription de la cotisation à fixer. On a cependant voulu faire courir la prescription dans le cas où la cotisation, c'est-à-dire la fixation d'autorité de la dette d'impôt a été complètement omise ; l'on a invoqué dans ce but l'analogie du droit civil en ce qui concerne la prescription de créances exigibles après dénonciation. Mais il n'y a pas de comparaison possible entre la dénonciation et la cotisation. Donc *Seydel*, Bayr. St. R. IV, p. 200, décide avec raison : « si l'on a omis de fixer le droit (de succession) en temps utile, on peut le faire après coup à tout moment ». Il ajoute : « L'impôt a-t-il été fixé à une somme insuffisante, la perception supplémentaire sera admissible dans le délai de la prescription (de l'arriéré), mais seulement dans le cas où l'insuffisance de la fixation a eu pour cause le dol du débiteur ». La restriction au cas de dol résulte, comme nous l'avons explique, de la force de l'acte

Digitized by Google

Il en est tout autrement, à cet égard, des impôts indirects. La fixation de la dette d'impôt est ici un simple calcul qui peut avoir eu lieu sans se manifester au dehors, à la différence de l'acte administratif qui n'a d'effet que par sa notification ; on ne peut donc pas faire dépendre le cours de la prescription du fait que cette fixation a eu lieu ou non, fait qui n'est pas nécessairement connu des intéressés.

Mais, avant tout, une seconde espèce de prescription est ici sans aucune utilité ; la première suffit et embrasse tous les cas possibles : l'impôt indirect devient exigible immédiatement après la naissance de la dette légale, abstraction faite d'un ajournement spécial, du moment où il a pu être fixé et perçu ; il est ainsi, tout de suite, en état d'arriéré ; la prescription de l'arriéré commence donc à courir.

Dès lors, si la loi fait ici une différence suivant que la fixation a eu lieu ou non, si elle calcule certains délais de prescription d'une manière différente, il ne s'agit en réalité que de particularités assez arbitraires dans la sphère commune de la prescription d'arriéré (6).

Dans l'impôt direct, au contraire, cette seconde sorte de prescription a pleinement son caractère propre : ce n'est pas la créance qui est prescrite ; mais l'acte qui

administratif qui éteint l'excédent. Mais pourquoi la perception supplémentaire rendue admissible par le dol doit-elle être soumise à la prescription d'arriéré ? L'excédent n'est cependant pas devenu, par suite de l'acte incomplet, une créance d'impôt échue.

(6) Loi pruss., 1840 § 7 et 8 établit pour les deux sortes d'impôts, directs et indirects, un délai de prescription de 4 ans, dans le cas où ils sont mis en perception (zur Hebung gestellt). L'impôt qui n'est pas mis en perception se prescrit par un an. Ce dernier délai ne s'applique qu'aux impôts indirects, la cotisation supplémentaire des impôts directs étant réglée d'une manière spéciale. Mais la mise en perception pour les impôts indirects ne présente d'importance que pour le service intérieur des autorités. La loi sur les douanes du 1er juillet 1869 n'a pas adopté cette distinction si peu motivée : « Toutes les créances et réclamations supplémentaires en matière de droits de douanes se prescrivent dans le délai d'un an, à compter de la naissance de la dette » (§ 15).

Digitized by

est nécessaire pour la réaliser devient impossible ; l'existence de la créance n'est touchée qu'indirectement. L'interruption de cette prescription ne se fait pas par une mesure quelconque tendant à faire valoir la créance, mais uniquement par l'accomplissement de l'acte en retard (7). La législation, comme les auteurs, aime donc à la placer en opposition avec la prescription de l'arriéré ; cette dernière seule est, pour cette matière, la prescription ; l'autre est plutôt considérée comme un délai de forclusion pour l'acte de puissance publique. Mais la prescription de l'arriéré, en l'examinant de près, n'est pas autre chose. Seulement, les habitudes du droit civil admettent plus facilement l'idée de la prescription ici — où il s'agit de l'encaissement d'une somme d'argent devenu impossible — que dans l'effet si peu familier de l'impossibilité d'un acte d'autorité. Mais, si l'on veut faire des comparaisons, nous avons devant nous le modèle du droit pénal, dont il était déjà question tout à l'heure. De même que la prescription de l'arriéré correspond à la prescription de l'exécution de la condamnation prononcée, de même l'impossibilité de l'acte de cotisation par suite de l'écoulement du temps correspond à la prescription des poursuites pénales qui exclue le jugement de condamnation. Le nom de prescription, dans tous ces cas, est exact et ne l'est pas.

II. — *Du côté du sujet*, l'omission de faire en temps utile certains actes amène la perte du droit de faire annuler une imposition illégale.

Ici il ne s'agit toujours que d'une *forclusion*, ayant son analogie dans la prescription de la seconde sorte

(7) Et par l'accomplissement effectif, ce qui comprend également la notification de l'acte à l'intéressé ; circulaire du ministre des fin. pruss. chez *Winiker*, Gesetzl. Vorschriften über die Gewerbesteuer, p. 222. Cela fait déjà une grande différence avec la simple mise en perception (comp. la note 6 ci-dessus).

Digitized by Google

dont nous venons de parler. Elle agit de deux manières :

1) *Par la perte du droit de recours contre un acte administratif.* Cette institution trouve son application dans les impôts directs.

La cotisation peut, dès le commencement, être contraire à la dette d'impôt légale. L'acte a été émis contre une personne qui n'était pas débitrice, ou contre le débiteur mais pour une somme trop élevée. L'acte est néanmoins obligatoire aussi longtemps qu'il n'est pas modifié par la voie prévue dans la loi. Il se peut qu'une autorité supérieure soit appelée à intervenir d'office en faveur de l'intéressé. La voie régulière, c'est le recours formé par l'intéressé, la *réclamation*.

Sur cette réclamation, il sera alors statué comme en matière de recours formel ou comme en matière de justice administrative, d'après la manière dont la loi a organisé la voie de droit. Mais pour élever la réclamation, il y a de courts délais qui comptent de la notification de la cotisation. Ce sont des délais de forclusion (8). Ce délai passé, la dette d'impôt reste telle que l'acte l'a déterminée.

La contradiction de la cotisation avec ses bases légales peut aussi survenir après coup, par les changements qui s'opèrent dans les circonstances extérieures. Cela peut surtout arriver dans les cotisations qui fixent, pour une certaine durée, l'impôt dû périodiquement ou certaines parties de la dette d'impôt, dans les impôts de cadastre (comp. § 27, III, n. 1 ci-dessus). Le changement de l'objet ou de la personne opère également un changement dans l'obligation légale de payer l'impôt. Cet effet est d'ordinaire remis aux clô-

(8) Sur le caractère juridique de ces délais, comp. O. V. G. 28 nov. 1888.

Digitized

tures de mois, clôtures d'années. Mais même alors, il ne fait pas tomber de plein droit l'acte administratif; il ne fournit qu'un motif de le modifier; et aussi longtemps qu'il n'est pas modifié, il produit son effet. Cette modification peut se faire d'office. Généralement, elle résulte d'une réclamation de l'intéressé, qui demande une modification immédiate ou à partir d'une époque ultérieure.

La réclamation se présente sous la forme d'une dénonciation du changement intervenu, déclaration de cessation de commerce, demande de transcription, demande de défalcation, etc. S'il n'est pas donné suite à la réclamation, elle aboutit à un recours formel dont les effets rétroagissent au moment de la réclamation. L'omission de la réclamation laisse subsister pour cette période la cotisation, qui pourtant n'est plus justifiée. La dette d'impôt ne repose plus alors sur la loi qui règle l'imposition, mais uniquement sur la force formelle de l'acte administratif.

2) La *perte de la demande en restitution par suite de l'expiration du délai.* Une charge contraire à la loi peut avoir été établie par l'encaissement d'un impôt qui n'est pas dû : soit que cet impôt ait été payé de bon gré, soit qu'il ait été perçu par contrainte. Alors, la défense de l'intéressé prend la forme d'une action en répétition. Par cette action, l'intéressé demande que la dette d'impôt soit déclarée non existante, et que la restitution de l'indû soit ordonnée. Les formes et les compétences dépendent de l'organisation des voies de droit. Mais des délais peuvent être impartis pour élever cette prétention ; l'inobservation de ces délais rend la prétention inexistante.

Pour l'impôt direct, la prétention est soumise dès le commencement à une restriction résultant de l'effet juridique propre de la cotisation. Quand la perception a eu lieu conformément à la cotisation, elle est couverte

Digitized by Google

par cette dernière. La répétition ne pourra se faire qu'en attaquant en même temps la cotisation elle-même et en observant les formes et délais qui s'y rapportent.

Il ne reste donc ici que le cas dans lequel la perception a eu lieu contrairement à la cotisation fixée ou même sans cotisation. Pour les répétitions résultant d'une telle faute, la loi n'a pas toujours fixé de délais ; elles sont alors illimitées au point de vue du temps (9).

Pour l'impôt indirect au contraire, le contrôle de la légalité conserve le champ libre. La fixation de l'impôt, alors même qu'elle aurait eu lieu avant la perception et en dehors de celle-ci, ne forme pas un centre de la procédure, imprimant à tout ce qui suit sa propre force obligatoire. Le seul acte qui pourra être attaqué, c'est l'encaissement. C'est à partir de cet acte que courent les délais de forclusion que la loi a fixés (10). Ils sont, comme partout dans cette matière, de courte durée ; ils courent même contre des personnes qui ailleurs sont favorisées ; ils ne sont interrompus que par l'introduction du moyen de droit (11).

III. — Dans une certaine mesure, l'autorité peut dis-

(9) L'ord. bad. 15 janv. 1857 concernant l'exécution par contrainte des dettes dépendant du droit public, § 13 ss., a réglé avec un soin particulier les moyens de protection contre les perceptions incorrectes. Quand on a omis de faire valoir ces moyens dans la procédure même, tous les droits subsistent en ce qui concerne la répétition. — La loi pruss 18 juin 1840 s'occupe du cas d'un impôt direct non pas exactement cotisé, mais incorrectement perçu. La conséquence en est que la répétition doit pouvoir se faire ici sans limite.

(10) Sur l'admissibilité d'une demande en constatation préalable : *Oppenhoff*, Ressortverhältnisse, p. 553, note 18.

(11) Le délai est ordinairement considéré comme un véritable délai de prescription, surtout quand la répétition peut se faire par une demande devant les tribunaux civils, comme d'après la loi pruss. 4 mai 1861, § 11. Dans ce sens surtout R. G. 27 sept. 1886 (Samml. XVII, p. 206 ss.). Cela est conforme à l'opinion en faveur, d'après laquelle il s'agit d'une *condictio indebiti* ordinaire. O. Tr. 24 fév. 1866 (Str. LXX, p. 92) ; min. de l'int. de Saxe, 4 juillet 1882 (Sächs. Ztschft f. Pr. IV, p. 70) ; Gouvernement de la haute Bavière, 22 oct. 1886 (Reger, IX, p. 146).

poser de l'impôt dû. Cela se fait par ce qu'on appelle la convention sur la dette d'impôt et par la remise de cette dette.

1) La *convention sur la dette d'impôt*. Chose très ordinaire pour le droit ancien, des conventions pareilles sont, dans l'ordre des choses actuelles, exclues en principe : le pouvoir exécutif ne peut pas, par une entente avec le débiteur de l'impôt, être dégagé de l'exécution de la règle de droit qui fixe l'impôt, et accepter moins qu'elle n'ordonne (12). D'un autre côté, le consentement de cette personne pourra peut-être l'autoriser à prendre plus ; mais cela ne deviendra jamais une dette d'impôt.

Il n'y a qu'un cas exceptionnel très restreint pour lequel aujourd'hui encore il est question d'une fixation conventionnelle de la dette d'impôt. Il est des circonstances dans lesquelles les conditions de fait, dont la dette dépend, sont spécialement difficiles à reconnaître et à constater. La loi donne alors l'autorisation de remplacer l'application exacte de la règle de droit par une simple estimation, une évaluation à peu près juste. Un forfait, un *aversum* est fixé par une résolution de l'autorité ; une certaine collaboration est concédée au débiteur pour défendre ses intérêts. On appelle cela accomodement, abonnement, contrat de fixation, composition, règlement conventionnel de la dette d'impôt. Ce n'est pas un contrat dans le vrai sens

(12) On pourrait encore penser à la possibilité d'un contrat par lequel les détenteurs du pouvoir qui détermine les règles de droit de l'impôt s'engageraient à faire une exception au profit de l'autre partie contractante. Pour la loi souveraine, le contrat n'aurait pas de force obligatoire ; mais pour les êtres juridiques inférieurs (les administrations municipales par exemple) qui disposent de ces droits d'imposer des charges, il y a là un moyen de restreindre ces droits. Mais des contrats pareils sont considérés aujourd'hui comme contraires aux bonnes mœurs et inadmissibles. Ainsi en a-t-il été jugé des contrats entre communes et sociétés de chemins de fer, tendant à restreindre au profit de ces dernières les impositions communales futures : O. V. G., 28 mai 1885 ; R. G. 14 mai 1884 (Samml. XII, p. 273).

Digitized by Google

du mot ; c'est un acte administratif qui, en vertu de la loi, et en usant du concours du débiteur, fixe le montant de la dette d'impôt par une appréciation libre jusqu'à un certain point.

Des fixations semblables s'appliquent dans une mesure restreinte aux impôts directs (13). Leur sphère principale est représentée par les impôts indirects sur les boissons : vin, bière, alcool. Mais le procédé n'est pas partout le même ; cet élément, auquel s'attache la désignation de contrat, *le concours du débiteur*, apparaît avec une importance juridique différente.

La loi, se trouvant en face d'une industrie dont les produits devraient être soumis à l'impôt indirect, peut permettre la fixation de l'impôt sur la base d'une évaluation de la productivité, même sans le consentement de l'entrepreneur. C'est seulement une condition de forme, que l'intéressé soit entendu (14).

Elle peut aussi faire dépendre de la demande de l'entrepreneur la mise en œuvre de la procédure de fixation ; cette demande une fois faite, l'autorité fixe le montant de l'impôt librement (15).

Enfin, elle peut prescrire que la fixation elle-même ne pourra avoir lieu que si l'entrepreneur approuve son contenu (16).

C'est seulement dans ce dernier cas qu'on pourrait penser à un contrat. Mais dans ce cas, comme dans les

(13) Un exemple dans la loi bav. concernant les droits sur les successions, 18 août 1879, art. 36 : le ministère des finances est autorisé à accepter, sur la demande du débiteur, un forfait du droit sur la succession. L'acceptation s'opère par une résolution à notifier au débiteur, résolution qui remplace la cotisation établie par le Rentamt.

(14) Ainsi loi d'imp. sur l'alcool, 24 juillet 1887, § 13 ; résol. du Bundesrath, 27 sept. 1887, n° 8 (Centr. Bl. 1887, p. 351). *Keilwagen*, die Besteuerung des Branntweins.

(15) Ainsi loi franç. 28 avril 1816 concernant l'impôt sur les débitants de boissons, en vigueur en Als.-Lorr. jusqu'en 1873. On parle ici d'un abonnement.

(16) Ainsi loi d'impôt sur la bière, 31 mars 1872, § 4 ; règlement d'exécution, 5 juillet 1888 (Centr. Bl., 1888, p. 709 ss.).

Digitized

autres, c'est l'acte administratif seul qui produit l'effet juridique ; le concours du débiteur n'est qu'un accessoire dont la valeur est tout au plus celle d'une condition remplie.

L'effet, c'est la détermination de l'impôt qui est dû d'après la loi. La somme fixée conserve cette nature malgré le « contrat ». La surveillance de l'établissement par les fonctionnaires, telle qu'elle est instituée par l'impôt, subsiste en grande partie. Les règles concernant la prescription, les délais de paiement, la remise, l'exécution par contrainte continuent à être applicables (17).

Un changement s'est produit en ce sens que l'impôt s'est maintenant rapproché de l'impôt direct. Il est fixé par un acte administratif et dû immédiatement en vertu de cet acte.

Cette fixation, sur le modèle de certaines cotisations d'impôts directs, dans le cas d'un changement dans la personne de l'entrepreneur, passe d'elle-même sur la tête du nouveau propriétaire.

Le soi-disant contrat de fixation peut être résilié, pour des causes déterminées, par l'une et par l'autre des parties contractantes. C'est de la part de l'autorité, par le retrait de l'acte administratif. De la part du débiteur, par un agissement qui a même nature qu'une déclaration faite pour obtenir la modification d'une cotisation d'impôt direct. Les causes qui l'autorisent à agir ainsi sont des changements dans les bases réelles de la fixation (changement d'entrepreneur, chômage d'une certaine durée). Ces causes n'agissent pas par elles-mêmes, mais seulement par l'intermédiaire de l'acte qui les reconnaît ; leur effet, comme celui des réclamations contre les impôts directs, se produit à des termes fixes, par exemple à la fin du mois (18).

(17) Centr. Bl., 1888, p. 710, 715 (§ 10 du formulaire).
(18) Centr. Bl., 1888, p. 711.

L'impôt sur les boissons, dont il s'agit, ne devient pas pour cela un véritable impôt direct. Pour ce dernier, l'acte administratif qui intervient est essentiel ; ici il n'est qu'une circonstance particulière modifiant la marche ordinaire de la procédure.

2) *La remise de l'impôt.* La remise de l'impôt est l'extinction de la dette d'impôt à raison de la renonciation faite par le créancier.

Elle diffère de l'*exemption de l'impôt*, qui représente une exception à l'imposition, exception contenue dans la règle de droit de l'impôt elle-même. Grâce à cette exception, la règle ne s'applique pas à un cas que, sans cela, elle embrasserait ; la dette d'impôt ne naît pas. La remise de l'impôt, au contraire, suppose une dette d'impôt née.

Elle diffère de la *résiliation de la dette d'impôt conditionnelle*. Cette dernière, en effet, ne s'effectue pas par une renonciation, mais par l'accomplissement même de la condition, l'imposition ne pouvant plus avoir d'effet dans ce cas (19).

Enfin, elle diffère de la *déclaration de non valeur* concernant les dettes d'impôt irrécouvrables, et qui est seulement une mesure de comptabilité, laissant la dette d'impôt intacte.

La remise de l'impôt est l'annulation d'une dette d'impôt existante par une disposition de l'autorité. C'est donc une aliénation d'un bien de l'Etat et une aliénation volontaire sans équivalent. Mais ce n'est pas ce qui, en première ligne, donne à cet acte son carac-

(19) L'exemple principal est fourni par l'admission temporaire (comp. § 28, III). *G. Meyer*, V. R. II, p. 337, appelle « remise des droits crédités » non seulement le déchargement de l'importation par la condition de la réexportation accomplie, mais encore les cas mentionnés dans la loi sur les douanes §§ 112, al. 1, 113, 114, 115, al. 2, où il s'agit d'exemptions légales des droits de douanes. Ce sont trois choses toutes différentes. Que la loi parle partout de remise, cela ne nous dispense pas de distinguer ce qui juridiquement présente tant de différences.

Digitized by Google

tère juridique. Faire des sacrifices semblables, octroyer des avantages pécuniaires, tout cela est sous-entendu de maintes façons dans la mission générale des autorités administratives de gérer les affaires de l'Etat. L'essentiel est, comme dans le contrat sur l'impôt, que la renonciation à la dette d'impôt signifie une dérogation à la force obligatoire de la règle de droit qui a ordonné l'impôt (20).

La loi d'impôt, en obligeant les sujets, lie en même temps le pouvoir exécutif pour la réalisation de cette obligation. Le pouvoir exécutif ne peut s'en dispenser et renoncer à l'impôt qu'autant que cela lui est réservé par une autorisation de la loi.

Un droit général du gouvernement de renoncer à toute créance d'impôt, un droit de grâce en matière d'impôt n'existe pas (21). La loi ne permet la remise

(20) Cela ne s'applique pas à la renonciation à des créances fiscales du droit civil ; donc, leur remise tombe sous une appreciation différente ; *Laband*, dans Arch. f. öff. R. VII, p. 189.

(21) A l'occasion de l'affaire que nous avons mentionnée tome I, § 7, note 11 ci-dessus, la question fut discutée de savoir s'il existe une prérogative de la couronne du roi de Prusse qui l'autoriserait à contrecarrer par une remise de l'impôt l'exécution de toutes les lois d'impôt. On a cru pouvoir en faire la preuve en invoquant le fait que le roi, déjà avant l'établissement de la constitution, avait, non seulement en matière pénale mais aussi en matière d'impôt et de rétribution, le droit absolu de faire grâce ; et puisqu'on ne peut produire aucun article de la constitution qui aurait aboli ce droit, on doit en conclure qu'il subsiste. En ce sens, *Laband* dans Arch. f. öff. R. VII, p. 190 ; *Curtius* dans Annalen 1893, p. 670 ss. Mais il n'est pas admissible de transplanter ainsi, de la période de l'absolutisme à l'époque constitutionnelle, des droits déterminés du roi. Le roi de Prusse, avant la constitution, n'avait pas des droits déterminés, mais toute la puissance publique. Il l'a aujourd'hui encore, seulement il ne dispose plus librement de la loi ; doit respecter, comme détenteur du pouvoir exécutif, la sphère attribuée à la puissance de la loi. Ce serait aller à l'encontre de cette restriction que de reconnaître aujourd'hui des droits au roi, pour pouvoir opposer d'une manière extraordinaire, comme Laband l'exprime, « un veto contre le cours de la loi et du droit ». Nous en avons un exemple dans le droit reconnu par la loi de faire grâce en matière pénale. Avant la constitution, le roi n'avait pas ce droit et ne pouvait pas l'avoir, puisque la sphère de puissance qui le restreint, et qui donne son contenu au droit, n'existait pas encore. Dans le pouvoir exécutif, qui, d'après la constitution, lui appartient à lui seul, sont comprises toutes sortes de choses ; mais il y est également compris

Digitized by Google

que pour des causes déterminées et valables seulement pour l'espèce d'impôt pour laquelle elles ont été reconnues.

La cause de la remise vise toujours le cas où, chez le débiteur, des diminutions de valeur, des pertes, des rendements inférieurs se sont produits après coup, qui font paraître injuste de demander encore un impôt qui a été établi en considération de la possession de ces valeurs.

La loi peut directement prescrire la remise pour le cas où certaines conditions sont remplies. Elle peut aussi laisser une certaine latitude à la libre appréciation de l'autorité pour accorder, dans ces cas, la remise ou la refuser, en prenant en considération l'équité et l'intérêt des finances.

Cela fait pour le contribuable qui demande la remise une différence importante.

Dans le premier cas, il a un droit ; pour le faire valoir, une voie de droit sera ouverte, soit recours formel, soit justice administrative ; tout cela n'est pas indispensable pour l'existence du droit, comme nous l'avons vu (comp. tome I, § 12 ci-dessus).

Dans d'autres cas, il s'agit d'une simple pétition, d'une invocation des considérations d'équité que l'autorité appréciera selon son devoir ; cela se terminera dans la procédure administrative ordinaire (22).

que le roi est lié par la loi d'une manière absolue ; et il ne peut être dégagé de ce lien que d'après les règles de la constitution elle-même. — Il n'existe, du reste, aucun besoin d'un droit général de faire grâce en matière d'impôt. L'exemple cité par *Laband*, Arch. f. öff. R. VII, p. 190, note 14, prouve le contraire : les héritiers de l'homme riche tué dans un accident de chemin de fer sur le réseau de l'Etat seront indemnisés d'après la loi sur la responsabilité du chemin de fer, comme ceux de l'homme pauvre ; d'ordinaire, ils toucheront même plus que ces derniers ; pourquoi leur faire cadeau encore, par-dessus le marché, d'un droit de succession de 10.000 M. ?

(22) Sur la différence entre ces deux cas : *Seydel*, Bayr. St. R. IV, p. 201 ss., p. 207. Loi de l'impôt sur le tabac, § 24, al. 3, les distingue par les expressions : une remise de l'impôt « doit » avoir lieu, et

Une remise d'impôt faite sans fondement légal n'est pas valable, de quelqu'autorité qu'elle émane.

Il n'y a nullité que dans le cas où l'acte sort des limites de la compétence générale de celui qui l'a émis. Autrement, l'acte même nul garde son effet jusqu'à ce qu'il ait été annulé par une autorité compétente. Au débiteur d'impôt, cela va sans dire, il ne sera pas donné de moyen de droit pour amener cette annulation. Et si la remise non valable émane du prince en personne, à moins que des droits de contrôle spéciaux n'aient été organisés à cette fin, personne ne pourra annuler son acte, excepté lui-même qui pourra le retirer. Les autorités et la représentation nationale pourront exercer leur influence pour obtenir ce résultat; la personne favorisée n'a aucun droit à être maintenue dans les avantages de cet acte; elle n'est pas lésée dans ses droits, quand on le retire (23).

Que le ministre qui a contresigné l'acte puisse être rendu responsable du préjudice qui en résulte pour l'Etat, c'est une autre question.

« peut » avoir lieu. Si *Seydel*, *loc. cit.*, p. 207, désigne le second cas de « concession par voie de grâce », cela dit trop. La grâce suppose que celui qui l'accorde n'est pas juridiquement responsable de cet acte.

(23) *Joël* dans Annalen 1891, p. 418 déclare : « le sujet auquel l'impôt a été ainsi remis par la couronne sans fondement juridique peut être, après le refus de la représentation nationale de donner son approbation, astreint à acquitter l'impôt après coup ». Est-ce que l'autorité fiscale ordinaire devra pouvoir traiter comme non avenu un acte du roi? Le roi est, dans toutes les affaires administratives, dans la sphère de sa compétence générale ; il faudrait un droit de contrôle spécial, auquel ces autorités ne sont pas appelées. Il en serait autrement s'il s'agissait d'une usurpation sur le domaine de la justice.

Digitized by Google

§ 30.

L'ordre de finance (*Finanzbefehl*).

Le pouvoir de finance est la puissance publique agissant dans l'intérêt des revenus de l'Etat. Ce but, la puissance publique le poursuit de la manière la plus directe en imposant aux sujets des obligations de payer, des dettes d'impôt au profit de l'Etat. Mais elle peut aussi y pourvoir en déterminant la conduite personnelle des sujets : cette direction a lieu en vue de la plus grande utilité des revenus de l'Etat, pour les assurer et les protéger de troubles et d'amoindrissements.

La véritable source du revenu se trouve alors à côté de la mesure ; le pouvoir de finance, par cette mesure, ne fait que protéger son effet et pourvoit aux revenus de l'Etat d'une manière indirecte. Cette source peut se trouver dans une autre manifestation du pouvoir de finance, dans l'imposition de contributions ; mais elle peut aussi se présenter sous n'importe quelle autre forme d'acquérir. Cette seconde forme du pouvoir de finance embrasse donc une sphère beaucoup plus étendue ; mais elle est moins homogène que la première : elle n'agit toujours qu'accessoirement (1).

On a souvent désigné sous le nom de *police de finance* cette seconde manière d'agir sur les sujets (2).

(1) L'opposition entre ces deux directions du pouvoir de finance a été très bien relevée par *Meisel* dans Finanzarchiv, V, 1, p. 7.

(2) Ainsi *Foerstemann*, Polizeirecht, p. 272 ; *Bornhak*, Gesch. des

Le nom est mal choisi, parce que la police, pour être définie correctement, ne pourra être caractérisée que par sa raison d'être même, qui marque alors une opposition avec le pouvoir de finance. Ici, en effet, il ne s'agit pas du bon ordre de la collectivité et de ses exigences publiques. La police est sociale, le pouvoir de finance est fiscal. On ne saurait les confondre.

Mais il est vrai que ce côté du pouvoir de finance, — dans lequel il s'agit de déterminer la conduite personnelle des sujets, — met le plus en lumière son affinité avec la police. Cette action sur le sujet, en effet, se produit pleinement dans des formes qui correspondent à celles du pouvoir de police : ordre, fixation de peine, contrainte. Les règles d'après lesquelles, pour le domaine de la police, ces notions se sont développées s'appliquent également ici dans une vaste proportion : ce sont des notions communes. Seulement, elles reçoivent ici une empreinte spéciale parallèle à celle de la police : elles se présentent comme ordres de finance, peines de finance, contrainte financière.

L'ordre de finance et la peine de finance qui nous regardent en première ligne ont entre eux les mêmes rapports que l'ordre de police et la peine de police : ils ne sont pas identiques, mais ils se complètent cependant. L'ordre de finance n'est pas nécessairement pourvu d'une sanction pénale par une règle de droit ; il y a encore d'autres moyens pour le faire sentir ; cependant la menace d'une peine en est le plus important. D'un autre côté, la peine de finance ne s'attache pas nécessairement à la désobéissance à un ordre de finance ; il y a également ici des peines

preuss. V. R. II, p. 332 ; *Merkel*, Krimin. Abhandlungen I, p. 94, 99 ; *Temme*, Lehre vom Betruge, p. 73 ; *Meisel* dans Finanzarchiv, V, 1, p. 5 (« surveillance de la conduite des débiteurs au moyen de la police de finance ») ; O. Tr. 6 avril 1875 (J. M. Bl. p. 222 : « prescriptions de contrôle de police »).

Digitized by Google

attachées directement aux faits (comp. § 22, I, n. 2, ci-dessus) ; mais cela renferme également la détermination de ce qui juridiquement ne doit pas être, et produit des effets semblables à ceux d'un ordre : une règle pour le sujet se trouve dans l'un et dans l'autre.

I. — *L'ordre* est la déclaration de volonté, émise en vertu d'un rapport de subordination, pour déterminer d'autorité la conduite du subordonné. *L'ordre de finance*, impose au profit des revenus de l'Etat, des obligations d'obéir, obligations de faire, de ne pas faire, de souffrir.

Ces ordres interviennent dans des circonstances différentes. Cela nous conduit à distinguer plusieurs espèces d'ordres de finance.

1) Ils accompagnent surtout l'*impôt* et son exécution. Leur but principal est ici de faciliter à l'administration la connaissance de la dette d'impôt. Ils seront d'autant plus employés qu'il sera difficile pour l'administration de connaître la dette d'impôt ; la facilité avec laquelle la dette d'impôt peut échapper à l'administration aura aussi une grande influence (3). Dans les impôts directs, par conséquent, ces ordres se restreignent à des commandements de déclarer la dette d'impôt qui est née, de donner à son sujet des éclaircissements ou même de fournir des exposés explicites de la situation.

Dans les impôts indirects, au contraire, ces ordres apparaissent avec un développement beaucoup plus riche. Les commandements ont ici une portée plus grande : il faut porter à la connaissanee de l'autorité non seulement la dette d'impôt née, mais encore des choses connexes, les faits et circonstances par

(3) Sur cette correspondance, *Meisel* dans Finanzarchiv, V, 1, p. 14 ss.

exemple, d'où pourra résulter une dette d'impôt. Il y a de plus des défenses d'actes nuisibles à l'impôt, c'est-à-dire d'une conduite qui serait propre peut-être à cacher une dette d'impôt ou à ne pas la laisser parvenir complètement à la connaissance de l'administration.

2) Dans une mesure beaucoup moins étendue, l'ordre de finance est applicable aux *rétributions*. Le cas des rétributions est, par sa nature, moins propre à se soustraire facilement à la connaissance de l'administration ; la rétribution a pour base le fait que les prestations de l'Etat profitent à un individu déterminé ; le débiteur s'offre donc de lui-même, sans qu'il soit besoin de le lui commander spécialement. Donc, en règle, il ne pourra s'agir que de prévenir une conduite tendant à éluder malicieusement le droit à la rétribution ; ce qui y répond le mieux, c'est la fixation d'une pénalité directe.

3) Dans une autre espèce d'ordres de finance, il n'y a aucune obligation de payer à l'Etat de la part de celui auquel ces ordres s'adressent. Leur but est d'assurer les entreprises de l'Etat tendant à lui procurer un revenu, contre les troubles qui pourraient leur être causés par la concurrence d'établissements similaires. La concurrence est défendue. Le *monopole* en est le résultat.

La défense peut frapper exclusivement l'entreprise du tiers perturbateur et toute activité qui y concourt ; elle peut frapper, en outre, le fait de se servir des objets fabriqués ; elle est dirigée alors à la fois contre l'entrepreneur et contre son client.

L'entreprise de l'Etat ainsi protégée aura plutôt la nature d'un service public percevant des rétributions, ou d'une affaire commerciale avec des recettes

Digitized by Google

pour prix de ventes et salaires. Quant à l'ordre de finance qui s'y attache, il n'y a pas de différence (4).

4) Enfin, l'ordre de finance a un rôle important dans le système des *remises* et *exemptions* d'impôt, des *bonifications* d'impôt et surtout des différentes *facilités* pouvant être accordées aux débiteurs d'impôt. Ces faveurs ne doivent être reconnues ou accordées par l'autorité financière que sous certaines conditions. Il faut connaître exactement ces conditions pour que le revenu d'impôt n'éprouve pas d'amoindrissements non justifiés. Des actes ayant pour but direct de provoquer chez l'autorité financière une appréciation incorrecte des faits pourront être frappés directement d'une peine de finance. Mais, en outre, des prescriptions sont imposées aux bénéficiaires afin que la remise, la bonification, la modération sous n'importe quelle forme restent dans les limites voulues ; ce sont des ordres de finance dont l'observation est assurée par des peines, par la perte du bénéfice accordé et autres suites de la désobéissance (5).

Dans toutes ces applications, l'ordre de finance a le caractère d'*une mesure arbitrairement choisie par l'Etat*. Il lui manque cette base d'un devoir naturel et qui existe d'avance, devoir que l'ordre n'aurait qu'à déterminer plus exactement et à réaliser, comme celui qui donne à l'ordre de police son caractère particulier. De là surtout cette conséquence, que la loi ne donne

(4) Ici encore, les manières de voir de la doctrine du droit et de la science politique se séparent dans un contraste éclatant. Pour la science politique, l'essentiel du monopole est dans son effet économique : que l'Etat, maître absolu de la fixation du prix, gagne de l'argent aux frais des sujets. On le compte directement parmi les impôts : *Neumann*, Die Steuer ; *Meisel* dans Finanzarchiv, V, 1, p. 45. Pour nous, cette manière d'envisager la chose est impossible.

(5) Des exemples dans loi de l'Emp. 19 juillet 1879, concernant l'exemption de l'impôt sur l'alcool destiné à être employé dans l'industrie, §§ 1 et 3 ; comp. régulatif, 20 sept. 1887 (Cent. Bl. 1887, p. 419). § 12 ss. On parle ici des « obligations du demandeur ».

Digitized by

pas des autorisations aussi générales en ce qui concerne les ordres d'impôt : ces autorisations manqueraient ici de la mesure naturelle et immanente.

II. — La forme dans laquelle l'ordre de finance est émis est, comme cela a lieu pour l'ordre en général, la règle de droit ou l'acte administratif.

Mais, à la différence de la police, les ordres émanant de la loi ou de l'ordonnance se trouvent ici en petit nombre ; quand la loi ou l'ordonnance agissent ici par leurs règles de droit, elles préfèrent des menaces directes de peines de finance. D'un autre côté, les ordres individuels en vertu d'une autorisation de la loi, analogues aux dispositions de police, ne se présentent qu'en très petit nombre dans la sphère du pouvoir de finance.

La grande masse des ordres de finance est contenue dans les *régulatifs*. Cette forme appartient tout particulièrement à l'ordre de finance. Elle a passé de la législation prussienne dans celle de l'Empire et domine, par conséquent, dans le système des impôts indirects qui est si riche en ordres de finance.

Nous devons nous rendre compte de la nature et de l'importance juridique de ces régulatifs.

1) Les régulatifs du droit de l'Empire sont, d'après leur apparence extérieure, des prescriptions d'exécution pour des lois de l'Empire concernant les droits de douanes et autres impôts indirects. Ils établissent des règles générales touchant les facilités accordées aux débiteurs de l'impôt et la surveillance de certaines industries. Ils sont émis par le Bundesrath et publiés sans exception dans le *Centralblatt des Deutschen Reichs*, bulletin officiel de l'Office de l'Intérieur (Reichsamt des Innern).

2) Les règles que les régulatifs renferment ont, pour les intéressés, une force juridiquement obligatoire. On croit prendre le chemin le plus court en

pays connu en leur donnant le caractère de règles de droit. Les régulatifs seraient donc des ordonnances, et, suivant l'expression qui est aujourd'hui en vogue (comp. tome I, § 10, note 11) « des ordonnances de droit » et non pas de simples ordonnances administratives. Mais il y a ici un obstacle insurmontable. Le Bundesrath ne peut émettre des ordonnances (des ordonnances de droit bien entendu) qu'en vertu d'une autorisation de la loi de l'Empire. Du moins, l'art. 7 chiff. 2 de la Constitution de l'Empire, sagement interprété, n'accorde pas au Bundesrath un droit général de faire des ordonnances d'exécution, comme ce droit appartient au prince dans les Etats particuliers. Il est bien dit dans cet article : « Le Bundesrath délibère sur les prescriptions administratives (Verwaltungsvorschriften) et les arrangements nécessaires pour l'exécution des lois de l'Empire » ; mais on ne veut parler que de prescriptions administratives par opposition avec la règle de droit (6).

L'autorisation du Bundesrath devrait donc reposer sur les prescriptions spéciales des différentes lois concernant les droits de douanes et les impôts. Ces lois de l'Empire, il est vrai, renvoient régulièrement aux règles générales que le Bundesrath établira pour leur exécution. Mais ces règles sont également désignées ici partout comme des prescriptions administratives (Verwaltungsvorschriften). Si, à cause de cette expression, la Constitution de l'Empire avec son art. 7 chiff. 2 laisse une lacune, puisqu'elle ne donne pas la possibilité de créer des ordonnances de droit, il est

(6) Cela a été démontré d'une manière décisive par *Laband*, St. R. I, p. 595, p. 706 (édit. fr. II, p. 384 ss.). *Haenel*, St. R. p. 282 ss., quoique interprétant le mot « prescriptions administratives » comme pouvant signifier aussi bien des ordonnances que de simples instructions, est cependant d'avis que l'art. 7, chiff. 2 de la Constitution de l'Empire ne renferme pas une autorisation de faire des ordonnances contenant des règles de droit ; c'est le seul point qui nous intéresse ici.

Digitized

difficile de voir comment les lois spéciales qui accordent leurs autorisations en se servant de la même expression, peuvent combler cette lacune (7).

Donc il faut conclure que les régulatifs ne peuvent pas être des règles de droit. A cela est intimement lié un autre point qu'on a déjà maintes fois relevé. Ces régulatifs, comme nous venons de le dire, sont exclusivement publiés, dès le début, dans le *Centralblatt des Deutschen Reiches*. La règle de droit a cependant son mode de publication fixé formellement, et qui seul peut lui donner effet : pour les lois de l'Empire comme pour les ordonnances de l'Empire, la seule forme efficace est la publication dans le *Bulletin des lois de l'Empire* (Reichsgesetzblatt) (8). Donc si les régulatifs voulaient être des règles de droit, aucun d'eux, à cause de cette publication défectueuse, n'en obtiendrait la force obligatoire (9). Donc ils ne peuvent pas vouloir être des règles de droit.

(7) Comp. par exemple, loi sur les douanes, 1er juillet 1869, § 152; loi d'impôt sur l'alcool, 24 juin 1887, § 26; loi d'impôt sur le tabac, 16 juillet 1879, § 40. Les lois parlent toujours, à la fin, de pénalités pour « transgression des prescriptions de cette loi ainsi que des prescriptions administratives publiées à sa suite ». *Arndt*, Verordnungsrecht, p. 36 ss. a relevé avec raison cette concordance; seulement, il en tire les conséquences contraires, admettant partout des règles de droit; comp. t. I, § 10, note 11 ci-dessus. *Laband*, tout en refusant aux prescriptions administratives de l'art. 7, chiff. 2 de la Constitution la nature de règles de droit, veut cependant la reconnaître aux régulatifs pour droits de douanes et impôts désignés par le même nom. Il y arrive par un détour assez singulier dans lequel nous ne pouvons pas le suivre. Il dit (St. R. 4e éd., II, p. 86; éd. fr., II, p. 390) que le § 152 de la loi sur les douanes est « une loi pénale en blanc qui laisse aux règlements de l'administration des douanes le soin de la compléter par la désignation des faits punissables. Donc, si ces règlements ont l'autorité d'une règle de droit, c'est en vertu de l'autorité de la loi de l'Empire et non pas en vertu du décret du Bundesrath ». Laband s'est laissé entraîner ici par sa polémique contre Arndt. Un ordre n'a pas besoin d'être une règle de droit pour que son inobservation soit frappée par la loi d'une peine.

(8) *Laband*, St. R. II, p. 99 (éd. fr., II, p. 412) et les auteurs cités.

(9) *Laband*, St. R. II, p. 101 (éd. fr., II, p. 414).

Digitized by Google

3) De fait, cependant, depuis nombre d'années, ces régulatifs sont considérés comme valables et propres à créer des obligations de droit ; le gouvernement, en dépit de tous les cris d'alarme de la théorie, continue à se servir à leur égard du Centralbatt comme seul moyen de publication.

Dès lors, ou bien nous avons ici un égarement inouï de la pratique ; ou bien l'effet des régulatifs doit s'expliquer autrement que par leur prétendu caractère de règles de droit.

Il nous semble que la vérité ne doit être cherchée que dans cette dernière direction.

La solution de la question, en effet, pour une partie des prescriptions des régulatifs, saute aux yeux. A qui ces prescriptions s'adressent-elles ? Il y a deux sortes de personnes qui sont visées : d'un côté, des fonctionnaires de l'administration financière ; de l'autre côté, de simples particuliers restant en dehors des liens de la fonction publique.

Aux premiers on prescrit ce qu'ils auront à faire en surveillant des marchandises et des ustensiles, en faisant des calculs et des constatations, en délivrant des certificats, en accordant des permissions et autorisations. Tout cela, ils devront l'observer selon leur devoir. Pourquoi ? Ce sont des ordres de service qui leur sont donnés ; ces ordres agissent sur eux avec la force de leur devoir de fonctionnaire. Nous savons aussi comment il devient juridiquement possible de les atteindre par cette voie. Le fonctionnaire, s'étant engagé à ce service personnel, est entré dans un rapport de dépendance spécial qui permet à l'autorité compétente de déterminer quels seront ses devoirs : il se trouve dans un rapport de sujétion spéciale (Gewaltverhältniss ; comp. t. I, § 8, II, n° 3).

Ce rapport de sujétion permet non seulement de diriger la conduite du fonctionnaire pour le cas indi-

viduel, mais aussi d'émettre des instructions générales, obligeant tous ceux qui se trouvent dans la même situation, et obligeant d'avance pour tous les cas de la même espèce, quoique n'étant pas désignés individuellement. Les dispositions générales, les actes administratifs généraux sont les conséquences et le signe extérieur du rapport de sujétion particulière (comp. t. I, § 10, n° 2 ci-dessus). Ces dispositions générales n'étant pas des règles de droit, ne sont pas liées aux formes de publication prescrites pour ces dernières ; on peut, en vertu du rapport de sujétion même, leur attribuer une forme spéciale de notification, que l'individu soumis doit reconnaître comme valable (comp. tome I, § 8, note 5 ci-dessus). C'est notre cas pour la publication dans le Centralblatt (10).

Mais, d'autre part, nos régulatifs s'adressent de la même façon à des personnes sans fonctions, à des individus n'ayant aucun rapport de service spécial avec l'Etat. Ils leur prescrivent ce que, de leur côté, ils auront à faire, à ne pas faire et à souffrir pendant le temps de leur soumission à chacun de ces régulatifs particuliers.

Ces individus sans fonctions auxquels le régulatif s'adresse ne sont pas choisis arbitrairement, cela s'aperçoit à première vue. Le régulatif n'ordonne pas « pour tous ceux que la mesure concerne », Quand il s'agit d'ordonner de cette manière, c'est toujours la règle de droit de la loi ou de l'ordonnance qui apparaît. Des prescriptions d'une étendue aussi générale que la défense de transporter certaines marchandises dans la nuit ou de passer la frontière par d'autres

(10) Nous traiterons du pouvoir du supérieur au § 45 ci-dessous. Le subordonné qui n'a pas pris connaissance des ordres qui lui ont été adressés par la voie ordinaire, manque à son devoir : la sanction est qu'il est censé les avoir connus.

Digitized by Google

chemins que ceux qui sont formellement désignés ne se trouvent jamais dans les régulatifs. Les individus, sur lesquels veut agir le régulatif sont toujours compris dans un rapport spécial avec l'administration financière. Ils sont entrés dans certaines institutions créées par cette dernière, dans une entreprise dans laquelle ils pourront, selon leur manière de se conduire, nuire ou être utiles à une dette d'impôt qui est née ou qui va naître.

Le régulatif n'a d'effet obligatoire que pour des personnes ainsi déterminées ; il agit alors sur elles de la même manière que sur les fonctionnaires : sans fondement légal particulier, dans la forme de prescriptions générales (qui ne sont pas des règles de droit) et par la publication dans une feuille d'avis spéciale.

Il est clair qu'un rapport semblable à celui que nous avons examiné chez les fonctionnaires existe pour ces individus, à savoir : un rapport de sujétion particulière. Le pouvoir auquel ils sont soumis n'est pas le pouvoir du supérieur ; car ils ne doivent pas de service personnel. C'est un pouvoir qui n'a pour but, comme la loi l'exprime à plusieurs endroits, que le *contrôle* et la *surveillance* de tout ce qui se passe chez eux et qui pourrait être d'importance pour les revenus de l'Etat. C'est en vertu de ce pouvoir qu'il leur est adressé des ordres de cette sorte (11).

(11) Notre conclusion sera conforme, pour l'essentiel, aux développements de *Haenel*, St. R. I, p 285 ss., surtout p. 287, note 15 : « Ces régulatifs ont une importance double ; ils sont, d'une part, des instructions pour les autorités en vue de l'exercice des pouvoirs de contrôle qui leur sont confiés... d'autre part, des ordres que les intéressés sont obligés de suivre en vertu de ce pouvoir de contrôle des autorités ou en vertu de la soumission due aux actes juridiques ». Pour prouver ces thèses, Haenel soutient, contre Arndt, que les régulatifs, pour avoir cet effet, n'ont pas besoin de contenir des règles de droit ; il suffit qu'ils soient « fondés sur des règles de droit ». Il nous semble que, même avec cette restriction, la preuve serait difficile à faire ; mais nous croyons n'en avoir pas besoin.

Digitized by G

4) Examinons maintenant quel sera le fondement de ce pouvoir de surveillance. Cette diminution de la liberté, — que tout rapport de sujétion particulière implique pour la personne qui en est l'objet, — ne s'entend jamais d'elle-même. Mais il n'y a pas de forme unique pour la produire. Pour le fonctionnaire, c'est l'*acte administratif* de sa nomination. A côté de l'acte administratif, la *règle de droit*, l'autre source générale des rapports juridiques du droit public, peut aussi produire des rapports de sujétion. Mais ce n'est pas tout. Ce rapport peut également être le résultat de l'*entrée de fait* dans la sphère d'une manifestation de la vie propre de l'administration : la nécessité pour le sujet de s'accommoder à ses exigences trouve son expression dans un rapport de sujétion particulière. Nous en rencontrerons des exemples dans l'effet particulier produit par l'entrée dans le *service militaire actif* (comp. § 45, I, n. 3 ci-dessous), mais surtout dans le pouvoir qui s'exerce sur les personnes profitant des *utilités d'un service public* (Anstaltsgewalt; comp. § 52, II, ci-dessous). Cette même idée sert ici de point de départ pour faire naître un pouvoir de surveillance spécial.

Nous distinguerons, d'après l'origine, deux manifestations de ce pouvoir.

Nous avons, d'un côté, un *pouvoir de surveillance imposé*. L'individu est soumis à ce pouvoir, pour une atteinte portée à sa liberté, par un acte d'autorité : une industrie, un magasin appartenant à l'individu sont placés sous ce pouvoir, sans que son consentement ait été demandé.

Il y a besoin d'un fondement légal. Il s'agit d'une charge accessoire, imposée au sujet pour assurer la charge principale, l'impôt même. Elle trouve surtout son application parmi les dettes d'impôt en suspens

Digitized by Google

placées par la loi avant la naissance véritable de la dette d'impôt (12).

La seconde catégorie est formée par le *pouvoir de surveillance réservé*. Il s'attache aux facilités accordées aux individus pour l'acquittement de l'impôt ; il leur est permis de se servir d'un procédé, d'un établissement, d'un arrangement prévus par l'administration financière pour obtenir ces avantages, dont ils ne profiteraient pas sans cela. Mais sur ce qu'elle a con-

(12) Comp. § 28, I, ci-dessus. De cette espèce est la prescription de la loi de l'impôt sur le sel, 12 oct. 1867, § 6 : « Les établissements désignés dans le § 3, pour constater le montant des droits à payer sur le sel produit ainsi que pour prévoir les fraudes, sont, quant à leur fonctionnement et leurs relations d'affaires, soumis au contrôle des autorités des douanes (de l'impôt). Ce contrôle est réglé par une instruction que les autorités des douanes doivent prendre et communiquer à chaque propriétaire d'établissements semblables, instruction obligatoire pour ce dernier ». Ici toute la construction intérieure de notre institution juridique se dessine clairement : l'établissement et avec lui l'entrepreneur sont soumis par la loi au pouvoir de surveillance. Pour l'exercice et la réglementation de ce pouvoir, des « instructions » sont données par l'autorité à l'entrepreneur, instructions qui sont pour lui des ordres, tout comme le pouvoir du supérieur s'exerce et se règle en même temps par des instructions de service. Le rapport de sujétion peut aussi être fondé tout simplement par la déclaration faite par la loi qu'une certaine entreprise sera soumise « au contrôle de l'impôt ». Ainsi loi de l'Emp. de l'impôt sur l'alcool, 24 juin 1887, § 11, al. 1 : « L'alcool produit doit être constaté dans la distillerie par l'autorité des contributions en quantité et en densité ; il reste sous contrôle de l'impôt jusqu'à ce qu'il soit expédié pour l'exportation ou pour des emplois dans l'industrie, ou que le droit sur la consommation soit payé ou crédité ». « L'alcool reste sous contrôle de l'impôt », cela veut dire en même temps que le propriétaire de la distillerie doit être soumis au pouvoir de surveillance de l'autorité financière. En vertu de ce pouvoir les instructions nécessaires pourront lui être données par cette dernière. Comme autorité suprême, d'après la const. de l'Emp. art. 7, chiff. 2, le Bundesrath est compétent pour le faire au moyen de ses prescriptions administratives. Il a immédiatement fait usage de ce pouvoir : prescript. d'exécut. 27 sept. 1887 ; Centr. Bl. 1887, p. 362 ss. Les mesures de conduite qui y sont ordonnées se rapportent en partie à des choses pour lesquelles la loi, dans § 11, al. 3, appelle expressément le Bundesrath ; pour une grande partie, elles n'y sont pas prévues et ne présentent que l'exercice du contrôle de l'impôt d'après le § 11, al. 1, c'est-à-dire du pouvoir de surveillance. C'est le cas, par exemple, pour les prescriptions disant que le propriétaire de la distillerie aura à tenir prêts les fûts nécessaires pour recevoir l'alcool, qu'il sera obligé de mettre à la disposition de l'autorité de l'impôt et sur les indications de celle-ci un lieu propre aux vérifications à faire, etc.

cédé l'administration gardera la haute main. Les marchandises et tout ce qui les concerne lui appartiennent en quelque sorte. Quiconque entre dans le cercle ainsi circonscrit sort, par cela même, de la sphère de sa liberté naturelle et voit les conditions de son existence dépendre des exigences de l'intérêt administratif. C'est comme pour la personne qui entre dans un établissement public, une école, un hôpital, etc. : un état de liberté diminuée s'attache de plein droit à son entrée. Il n'y a pas besoin de fondement légal, puisque ce n'est pas par suite d'une atteinte portée à la liberté que cette diminution s'opère, mais spontanément. (13).

(13) La loi dit ici que les « conditions » ou « les conditions plus précises » ou les « conditions et contrôles généraux » sous lesquels doivent être accordées les différentes facilités, doivent être fixées par des régulatifs ou par le Bundesrath (Loi sur les douanes, §§ 106, 109, 110, al. 3, 118 ; loi de l'imp. sur le tabac, § 18, al. 2).

Il est dit, dans ces lois, qu'un régulatif doit être émis « sur la procédure à observer » (loi sur les douanes § 58, § 90), ou « sur la manière de traiter par l'office des douanes » certaines affaires (loi sur les douanes, § 73). Dans ces derniers cas, le texte ne donne nullement à entendre qu'on pourra émettre plus que des instructions pour les fonctionnaires, qu'on pourra aussi donner des instructions aux sujets qui profitent des arrangements ; il est cependant hors de doute que cela peut se faire. Le rapport de sujétion est supposé existant d'avance.

Il en est de même dans la première manière de s'exprimer : le pouvoir de surveillance est supposé existant ; il ne s'agit que de régler son exercice par des régulatifs ; la loi fixe des compétences dans ce but. Il y a même des institutions de la pratique que la loi annonce à peine pour les faire régler par des régulatifs ; elles existent d'avance, et ceux qui en profitent sont soumis au pouvoir de surveillance réservé, comme si ces institutions venaient de la loi elle-même. Dans ce sens, la loi sur les douanes, § 90, fait mention des régulatifs des ports. Il en est de même des règlements des quais : *Loebe*, Zollstrafrecht, p. 134.

Nous pouvons nous associer en grande partie aux explications qui sont données sur ces points par *Haenel*, St. R. I, p. 286 ss. et surtout p. 287, note 15. Il distingue, comme nous, deux cas : les intéressés sont obligés de suivre les ordres qu'on leur donne « en vertu de ce pouvoir de contrôle des autorités » qui a été concédé à ces dernières ; donc, comme nous le disions, en vertu d'un rapport de sujétion particulière créé par la loi ; — ou bien ils sont obligés « en vertu de leur soumission par acte juridique sous les conditions et mesures de contrôle » ; cela serait notre second cas, selon la classification établie ci-dessus. Ce qui

Digitized by Google

5) Le pouvoir de surveillance spéciale, né de l'une ou de l'autre manière, donne à l'administration financière le droit d'émettre toutes sortes d'*ordres*, qui ne sont pas spécialement déterminés ni prévus. Ces ordres pourront être donnés surtout dans la forme de *dispositions générales*, ayant leur effet une fois pour toutes pour quiconque entre dans ce rapport. Cela résulte de la nature même du rapport de sujétion. Ces dispositions générales ne sont pas des règles de droit, mais elles agissent de même, apportant dans ce rapport le bon ordre et la régularité. Tandis que les ordres spéciaux ne produisent également ici leur effet que moyennant la notification à l'intéressé, — comme l'acte administratif ordinaire en général, et à la différence de la règle de droit, — la disposition générale peut affecter, en vertu même du rapport de sujétion une forme plus générale de notification qui

nous sépare, c'est que Haenel cherche, pour cette seconde catégorie, à se rapprocher des idées bien connues du droit civil. Il parle d'une « règle de droit » qui oblige les intéressés à se soumettre aux contrôles et conditions quand ils veulent profiter de ces facilités. Mais il est dans la nature de la puissance publique de pouvoir commander aux sujets; cette puissance est restreinte par le droit positif de la Constitution, pourvu que la loi ait fait une réserve au profit de la liberté de l'individu; cette réserve cesse quand l'individu doit profiter d'un avantage qui n'est pas placé dans sa liberté naturelle, mais dans le domaine du service public; le droit de commander devient alors libre. C'est un développement logique qui ne mérite pas le nom de règle de droit. Il en est de même de la notion de l'acte juridique, dont Haenel se sert. Pour qu'il soit soumis au pouvoir de l'autorité, il faut que l'individu entre dans la sphère qui appartient à cette dernière, et il faut qu'il le fasse volontairement; sans cela, on aurait besoin d'un fondement légal pour le contraindre, ce qui formerait alors notre première catégorie. Mais cela ne donne pas à ce fait le caractère d'un acte juridique. Il pourra se joindre à un acte juridique, par exemple, à un contrat de louage, si l'on veut considérer sous ce point de vue l'usage d'un entrepôt public (loi sur les douanes, § 97 ss.), ou à un louage de transport (régulatif des acquits-à-caution, § 31, al. 2; Centr. Bl. 1888, p. 508). Mais ce sont alors des choses à part qui pourront aussi faire défaut. Le régulatif des entrepôts, § 1 (Centr. Bl. p. 551) ordonne par exemple que ces prescriptions seront valables pour « qui conque entre dans l'entrepôt ». Quelle espèce d'acte juridique voit-on là?

Digitized by Google

la rend efficace : affiches dans les locaux intéressés, insertions dans les journaux ordinaires, publications dans des feuilles officielles spéciales ; d'autres formes de publications peuvent encore, en vertu du pouvoir de surveillance, être reconnues comme moyens suffisants pour que l'acte soit réputé connu des intéressés (14).

Les dispositions générales publiées sont permanentes ; elles agissent sur toutes les personnes qui, à l'avenir, se trouveront comprises dans le rapport de sujétion particulière. Les devoirs qui leur incombent résultent de ce rapport et s'y trouvent déterminés d'avance.

Mais il ne faut pas entendre ceci en ce sens que le nouveau venu, par le fait de son entrée dans le rapport, se soumettrait aux prescriptions de la disposition générale existante, de la manière, par exemple, dont l'expéditeur se soumet au règlement du chemin de fer qui règle d'avance les détails du rapport juridique. L'expéditeur n'entre pas dans un rapport de sujétion particulière vis-à-vis de l'administration du chemin de fer ; il conclut avec elle un contrat de droit civil dont le contenu est donné tacitement par le règlement, contrat qui crée, conformément à ce contenu, un rapport juridique réciproquement obligatoire et inaltérable jusqu'à son accomplissement définitif.

Le bénéficiaire d'un acquit-à-caution, au contraire

(14) Un exemple d'une permission de finance de cette espèce dans la loi sur les douanes § 21 : Il est défendu de passer la frontière après la chute du jour. Des exceptions peuvent être accordées par l'autorité douanière, mais l'appréciation de cette dernière est libre. Comp. aussi loi bav. de l'impôt sur le malt, 31 oct. 1879, art. 31-39. Un exemple de la dispense d'un commandement de finance dans la loi d'impôt sur le tabac, § 22, chiff. 3 : jusqu'à un certain terme et pour compter le nombre des feuilles, le traitement des plantes doit être effectué complètement. L'autorité de l'impôt peut dispenser les planteurs de cette prescription.

ou le dépositaire dans un entrepôt public de douanes ne se soumet pas au régulatif existant, mais au rapport de sujétion particulière qui correspond au procédé dont il profite ; de ce rapport, d'ailleurs, est né le régulatif dont on parle, et un nouveau régulatif pourra intervenir à tout moment, qui, pendant que le rapport continue d'exister, aura son application. De même, les devoirs du fonctionnaire ne restent pas réglés par les instructions existant au moment de son entrée en fonction ; ils dépendent du rapport de sujétion particulière auquel il s'est soumis et qui portent dans son sein également toutes les instructions futures.

b) Le pouvoir de donner des ordres reposant sur le rapport de sujétion n'est pas illimité. Cet ordre de finance a, aussi bien que l'ordre du supérieur, ses *bornes juridiques*.

Ces bornes se trouvent d'abord dans le fondement même de l'ordre. L'autorité ne peut exiger que ce qui est nécessaire pour la surveillance, de même que l'ordre du supérieur ce qui est nécessaire pour l'accomplissement du service. Les mœurs et la nature des choses tracent, pour les deux cas, les limites d'une manière suffisante. A cela s'ajoutent les règlements spéciaux par lesquels la loi vise le pouvoir de surveillance. La loi peut déterminer d'une manière détaillée ce qui pourra être exigé en vertu de ce pouvoir. Toute autre chose alors est exclue. Elle peut également prescrire les formes dans lesquelles ces ordres de finance doivent être émis. Ce dernier point a, pour nous, une importance particulière. Nos lois de l'Empire sur les droits de douanes et sur les impôts ont l'habitude de déclarer que le Bundesrath devra émettre les prescriptions administratives réglant les « conditions » sous lesquelles certaines facilités devront être accordées, les « contrôles » sous lesquels elles devront être exercées, ou encore les « déterminations précises »

Digitized by Google

sur la « procédure » à suivre. Cela se rattache au pouvoir appartenant au Bundesrath, d'après l'art. 7, chiff. 2, de la Constitution de l'Empire, de délibérer sur les prescriptions administratives et arrangements nécessaires à l'exécution des lois de l'Empire. Ces prescriptions renferment, en première ligne, comme nous l'avons dit, des instructions générales pour les fonctionnaires appelés à exécuter les lois de l'Empire, instructions qui sont par conséquent publiées dans la feuille officielle destinée à ces fonctionnaires. Si maintenant, en vertu de ces mêmes clauses des lois de l'Empire, les ordres de finance à émettre en vertu des pouvoirs de surveillance sont assimilés aux ordres de service correspondants, cela veut dire trois choses :

D'abord, que la compétence du Bundesrath pour émettre ces ordres est exclusive ;

Deuxièmement, que ces ordres doivent être émis pour tous les intéressés à la fois dans des dispositions générales, tout comme les instructions de service ;

Enfin, que la forme de publication ordinaire des prescriptions administratives du Bundesrath, qui régulièrement s'applique aux instructions de service seules, devient ainsi d'elle-même le moyen de notification qui doit rendre ces ordres de finance obligatoires.

Cette dernière mesure n'est peut-être pas très pratique pour produire cet effet direct ; on exige ainsi des intéressés beaucoup d'empressement ; on leur impose peut-être une obligation de se renseigner trop sévère. En fait, on préfère se servir d'autres moyens de notification. En tout cas, la forme est juridiquement inattaquable, aussi inattaquable que la publication d'instructions de service dans les feuilles officielles.

III. — La permission de police a ici son correspondant dans la suspension, pour le cas individuel, de l'ordre de finance émis dans un sens général. On

Digitized by Google

pourrait l'appeler la *permission de finance*. Mais on pourrait aussi bien parler de dispense de finance. A la différence du droit de la police, en effet, on rencontre ici seulement des dispenses de se conformer à ce qui est défendu, mais très souvent des dispenses de se conformer à des *commandements positifs*.

De plus, la permission ou la dispense ont ici cette particularité d'être placées vis-à-vis de deux sortes d'ordres de finance généraux ; cela amènera chaque fois une appréciation juridique différente.

1) Le premier cas est celui de la suspension de l'ordre de finance contenu dans une règle de droit. Elle suit tout à fait le modèle de la permission de police. Comme cette dernière, elle n'affranchit pas seulement de l'obligation d'obéir à des ordres ; elle peut aussi s'attaquer à des règles de droit financier fixant directement des peines. Il faut, pour qu'elle soit admissible, une réserve dans la règle de droit elle-même, réserve qui autorise l'autorité à la violer de cette manière. Elle est accordée par acte administratif. Ce premier cas répond au caractère général du pouvoir de finance qui, en dehors du devoir de l'impôt proprement dit, n'aime pas à être lié par des règles de droit fixes. Aussi est-il généralement laissé à l'arbitraire de l'autorité d'accorder la permission ou de la refuser. De même, elle est également libre de retirer la permission accordée ; il va de soi que ce qui a déjà été fait régulièrement en vertu de la permission est fait légitimement et doit être traité comme tel (15).

(15) Nous citerons comme exemple les prescriptions du Bundesrath au sujet de la loi d'impôt sur l'alcool de 1887, 2, III, b et c ; Centr. Bl. 1887, p. 354 ; aux conduites de tuyaux désignés il ne doit pas y avoir de soupapes. Cette défense, l'autorité de l'impôt ne pourrait pas en dispenser : si elle le faisait quand même, le propriétaire de la distillerie qui ferait l'installation encourrait une peine de finance. Mais le régulatif ajoute : « A moins que, au moyen de précautions approuvées par l'autorité fiscale, la possibilité, etc... soit exclue ». Cela

Digitized by Google

2) L'ordre pour lequel la dispense peut être accordée peut être contenu aussi dans une prescription administrative, dans un régulatif. C'est alors non pas une règle de droit, mais un acte administratif permanent et commun à tous les intéressés. Les règles de la permission de police ne s'y appliquent pas directement. La maxime générale à laquelle on va faire brèche, ne repose que sur le pouvoir propre des autorités. De là résultent des principes particuliers. L'autorité qui a émis le régulatif peut accorder à tout moment des permissions spéciales qui seront des exceptions aux énonciations du régulatif; il n'y a pas besoin de réserve expresse. Il n'en est pas de même pour l'ordonnance (comp. tome I, § 7, II, n° 2, et § 21 ci-dessus). Ici la différence éclate : le régulatif, n'ayant lui-même que l'effet d'un acte administratif général, n'obtient pas, vis-à-vis de l'acte individuel de la même autorité, un rang supérieur, comme cela a lieu dans l'ordonnance portant des règles de droit. L'autorité subalterne, au contraire, a besoin d'une autorisation dans le régulatif même, quand elle doit pouvoir accorder une exception ; sans cela, la permission, la dispense du commandement du régulatif qu'elle accorderait, ne serait pas valable. Le régulatif, en effet, n'est pas seulement pour elle une instruction, qui n'aurait d'effet que dans le rapport de service intérieur. Il est adressé aux sujets compris dans le

suffit pour laisser l'exception ouverte. — Puis : toutes les conduites de tuyaux doivent être d'une certaine qualité ; aux distilleries existantes il pourra être permis, d'une manière révocable, de continuer à se servir de tuyaux différents. La dispense exclut le commandement général ; si elle n'avait pas été prévue spécialement, le commandement, malgré la dispense expresse de l'autorité fiscale, resterait en vigueur, lierait le propriétaire de la distillerie, et ce dernier serait responsable de la contravention. — Régulatif pour l'impôt sur le sucre (Centr. Bl. 1888, p. 268 ss.) prescrit aux §§ 12 et 13 de la loi, que les fenêtres de l'usine doivent être pourvues d'un treillis convenable, avec des ouvertures de 5 centimètres au plus, « sous réserve des exceptions à accorder pour les treillis déjà existants ».

Digitized by Google

rapport de sujétion particulière et leur a donné des ordres ; l'acte de l'autorité supérieure a ainsi opéré un effet extérieur. L'autorité subalterne ne peut pas, de sa propre force, entraver cet effet.

L'autorisation ne peut pas lui être donnée par une simple instruction. Les compétences existantes ne sont pas susceptibles d'être transférées ainsi ; au dehors, l'instruction de service n'a aucun effet. Il faut donc que l'autorité supérieure accorde elle-même la permission — cela serait notre cas précédent ; — ou bien qu'elle ait laissé d'avance, dans son régulatif, une place pour l'acte de l'autorité qu'elle a sous ses ordres ; alors, cet acte ne sera plus exclu par la force prépondérante de sa propre disposition.

---

§ 31.

La pénalité en matière de finance

La peine est une souffrance que la puissance publique attache à la conduite du sujet, conduite qu'elle réprouve.

Le pouvoir de finance s'en sert au profit des revenus de l'Etat : une certaine conduite est réprouvée comme nuisible aux revenus de l'Etat, et par conséquent, menacée d'une peine. Cette peine porte le nom de peine fiscale ou peine de finance.

Des fixations de peines de finance s'attachent aux impôts directs et indirects, aux rétributions, monopoles et bonifications, en général à tous les rapports de la fortune publique pour lesquels l'Etat exerce également son pouvoir de finance dans la forme d'un ordre.

I. — La peine de finance, comme la peine de police, a besoin d'un fondement légal. La fixation de la peine se fait ici régulièrement par la loi seule ; l'ordonnance, par délégation de la loi, ne fixe pas de peines (comp. § 22, I, n. 2 ci-dessus).

La conduite réprouvée à laquelle s'attache la peine peut encore ici être désignée de deux manières :

Ou bien la loi spéciale de finance la désigne *directement* en fixant la peine : celui qui fera ou ne fera pas telle ou telle chose sera puni de telle manière. Cette forme trouvera surtout son application quand il s'agit de faits très simples à désigner : tentative d'éluder directement la dette imposée par le droit financier ou

Digitized by Google

violation de mesures de précaution appliquées par l'administration (1).

Ou bien la fixation de la peine renvoie, pour la détermination du fait, à un *ordre de finance*; et la désobéissance à cet ordre sera frappée d'une peine. L'ordre de finance pourvu d'une fixation de peine peut être émis par la loi ; cela a lieu presque exclusivement dans le domaine des impôts directs et des monopoles, où il n'est pas d'usage de donner aux autorités des autorisations d'émettre des ordres de finance (2). Les impôts indirects connaissent aussi des ordres de finance par acte administratif, des ordres individuels ordinaires ou des dispositions générales dans les régulatifs. La pénalité peut alors se joindre aux deux espèces, ou, ce qui arrive souvent, seulement à la seconde ; soit que cette forme d'ordre soit seule admise, soit que seule elle doive être distinguée de ce moyen coercitif (3).

Nous rencontrons ici encore une forme tout à fait extraordinaire de fixation de peine sous le nom de *peine conventionnelle*.

D'après la loi sur les douanes de 1838, § 43, les fers bruts et la ferraille doivent être admis libres de droits de douane, quand ils doivent servir à une sorte de « trafic de perfectionnement » (comp. § 28, n. 22 ci-dessus), sous la condition de la réexportation des marchandises qui auront pu être fabriquées avec ces fers. Parmi les « contrôles et conditions » prescrits à cet effet se trouve aussi l'obligation, pour les manufacturiers auxquels cette faveur a été accordée, de se soumettre à une peine conventionnelle jusqu'à M. 300,

(1) Exemples : loi de l'imp. sur les effets de comm., 10 juillet 1869, § 15, loi sur les douanes, § 151.

(2) Exemples : loi postale, 28 octobre 1871, § 27 ; loi (pruss.) sur les patentes, 30 mai 1820, § 39.

(3) Sur ce point, par exemple, la loi sur les douanes, § 152 et la loi de l'imp. sur l'alcool de 1897, § 26.

cette peine étant édictée par l'autorité supérieure de la douane pour le cas où ils ne donneraient pas suite aux instructions lancées par les autorités compétentes des douanes et de l'impôt (4).

Il ne peut pas être question ici d'une peine conventionnelle dans le sens du droit civil et dans les formes correspondantes. L'application de la peine se fait d'autorité par l'une des « parties contractantes », par l'autorité supérieure des douanes. C'est un acte administratif, une résolution d'amende, comme celles que l'autorité administrative peut émettre pour appliquer des amendes fixées par la loi ; elle a la même nature et la même valeur juridique que ces dernières : le fondement légal est seulement remplacé par la soumission volontaire (5).

II. — On distingue deux sortes de délits de finance : la *fraude* (Hinterziehung) et les simples contraventions aux prescriptions de sûreté, qui sont frappées d'une peine d'ordre (Ordnungsstrafe) et que nous pourrons désigner sous le nom d'*irrégularités* (Ordnungswidrigkeiten).

Dans le droit pénal douanier, il est d'usage d'énumérer encore un troisième délit : la *contrebande*. On entend par là la contravention punissable à une défense d'importation ou de transit. Mais il est clair qu'une défense pareille ne saurait être un ordre de finance, ni la contrebande une violation d'un inté-

(4) Suppl. A au n° 2 de l'acte final de la convention entre la Confédération du Nord, la Bavière, le Würtemberg, le grand-duché de Bade et la Hesse, concernant la continuation de l'union douanière et de commerce du 8 juillet 1867, n. 11.

(5) Donc, pour la procédure à observer, on appliquera les règles qui concernent les résolutions pénales : *Loebe*. Zollstrafrecht, p. 182 s. La peine conventionnelle à prononcer est une peine de finance comme les autres, à cette différence près, que le fondement juridique est créé d'une manière particulière. Cela est possible — qui penserait à chose pareille pour une peine de droit commun ! — à raison de la nature particulière de la peine en matière de finance, dont nous parlerons encore au n° IV ci-dessous.

Digitized by Google

rêt financier, un délit de finance. En effet, les défenses d'importation servent à éloigner des frontières de l'Etat des choses nuisibles, surtout à repousser l'importation de maladies contagieuses pour hommes, bétail et plantes. C'est pour cela que la défense du transit se joint d'elle-même à la défense d'importation, quoiqu'elle soit, au point de vue financier, tout autre chose. Les défenses d'importation sont des ordres de police. La loi sur les douanes elle-même les considère ainsi, en disant (§ 2) que la liberté de la circulation ne doit être entravée par des défenses pareilles que dans des circonstances extraordinaires, ou pour repousser des maladies contagieuses sérieuses ou pour d'autres motifs de police sanitaire et de sûreté (6).

Le fait que l'exécution de cette mesure est jointe au contrôle des droits de douane peut entraîner l'adoption de formes de procédure pénale en matière de douane. Mais cela n'en change pas la nature juridique. La réunion n'est qu'une affaire d'utilité. L'ancienne politique de l'économie nationale lui avait, il est vrai, créé, par ses nombreuses défenses d'importation, un milieu plus homogène dans le système des douanes. Aujourd'hui, la contrebande s'y trouve isolée.

Nous n'aurons donc à examiner ici que deux sortes de délits de finance : la *fraude* (Hinterziehung) et l'*irrégularité* (Ordnungswidrigkeit). Ils se

(6) Dans *Laband*, St. R. IV, p. 441 ss., (éd. fr., t. VI, p. 194 et s.) naturellement la contrebande se trouve placée à la tête des délits en matière de droits de douane ; d'après la théorie de *Laband*, la fraude aussi, par sa nature juridique, n'est pas autre chose qu'une violation d'une défense d'importer, c'est-à-dire de la contrebande ; comp. § 27, note 18 ci-dessus. *G. Meyer*, n'étant pas lié par une théorie propre, observe très justement (V. R., II, p. 347) : « La contrebande, pour parler exactement, n'est pas un délit de douane ; c'est une contravention à une défense de police ». Les criminalistes, d'ordinaire, font très peu de cas de tous ces confins du droit administratif ; ils aiment donc laisser la contrebande, sans y regarder de près, à sa place accoutumée ; *Haelschner*, Straf. R., p. 1004.

Digitized by Google

classent entre eux en ce sens qu'en dernier lieu vient le délit de finance pur et simple, tandis qu'en premier lieu vient le délit de finance *qualifié*. Cette relation réciproque se montre déjà dans ce fait qu'il est des circonstances où l'absence de certaines qualités particulières peut faire dégénérer la fraude en irrégularité, en simple délit de finance (7).

1) Les particularités juridiques du délit de finance se trouvent, comme pour le délit de police, dans la détermination de ce qui est supposé dans la personne du délinquant. On a souvent opposé ces deux délits au délit ordinaire. Mais ils diffèrent aussi entre eux.

Le délit de police suppose que le fait résulte d'une violation du devoir de police, du non accomplissement d'une partie de l'obligation générale de ne pas troubler le bon ordre établie dans ce but et formulée expressément (comp. § 22, I, n. 3, ci-dessus).

Le pouvoir financier choisit, en se préoccupant de l'utilité, les charges à imposer; il entoure les revenus de l'Etat, selon leur besoin de protection, d'ordres et de menaces. Vis-à-vis de l'individu, ce sont des prescriptions discrétionnaires qui ne peuvent expliquer ni interpréter les rapports préexistants. La pénalité est entièrement une création de la volonté librement exprimée de l'Etat (8).

Quels sont les efforts exigés de l'individu pour qu'il échappe à la pénalité ?

Cela dépend du degré de protection qu'exige l'intérêt financier à sauvegarder. Il peut suffire qu'il y ait mauvaise volonté ; on ne frappe alors que le délit commis sciemment et avec intention. Quand il est dit : celui qui fera ou ne fera pas telle ou telle chose sera puni, on exige, qu'on fasse tout son possible

(7) Ainsi, d'après loi sur les douanes, § 137, al. 2 ; comp. III, n. 1 ci-dessous.

(8) *Merkel*, Krim. Abhandl., II, p. 110.

Digitized by Google

pour que cette action ou cette abstention se réalise. Lorsque l'on s'exprime ainsi : si telle ou telle chose arrive, telle ou telle personne sera punie, cela implique pour cette dernière une charge qui lui est imposée, au nom du droit pénal, d'éviter ou d'empêcher ce résultat. Il est aussi peu question ici de l'intention que dans les phénomènes correspondants du délit de police (comp. § 22, III ci-dessus).

Mais il est aussi inexact, pour le délit de finance que pour le délit de police, de dire qu'il fait abstraction de la *faute*, qu'il est un délit formel. Dans les cas que nous venons de mentionner, il y a toujours une faute ; c'est une faute qui moralement ne pèse guère et qui, pour ce motif, n'a pas d'influence sur le droit pénal commun, mais c'est une faute d'après le droit financier (9).

Les causes générales d'exclusion de pénalité s'appliquent donc ici également ; mais, en ce qui concerne l'erreur, il faut faire la réserve de la faute qu'elle renferme peut-être déjà elle-même (comp. § 22, III, n. 2 ci-dessus).

De plus la pénalité, malgré l'existence des faits extérieurs qu'elle suppose, doit disparaître quand des circonstance qu'il n'est pas au pouvoir de l'intéressé d'éviter ont empêché l'accomplissement du devoir (comp. § 22, III, n. 1). De pareilles causes d'excuse et de décharge seront, il est vrai, encore plus difficiles à trouver ici que dans le délit de police. Là, dans le doute, on exige seulement qu'on ait fait

(9) *Loebe*, Zollstrafrecht, p. 33 ; R. G. (Stf. S.) 9/10 juin 1884. Il en résulte spécialement qu'une société, une personne morale, n'est pas punissable comme telle même en matière de finance ; elle est incapable de faute et par conséquent incapable du délit de finance qui suppose la faute ; R. G. (Stf. S.), 12 juin 1886 ; la peine, en pareil cas, frappe les directeurs en personne, tandis que l'obligation du timbre, dont l'inaccomplissement entraîne la pénalité, incombe à la société.

tout ce qu'un citoyen formé selon la police aurait fait lui-même pour éviter le résultat réprouvé. Pour le délit de finance, au contraire, il n'existe pas de modèle dans ce sens ; l'inculpé n'est pas couvert par le fait qu'il a montré la diligence d'un citoyen normal ; ici il faudra directement faire la preuve de l'impossibilité pour cet individu d'accomplir la prestation voulue (10). Dès lors, si nous avons parlé d'une certaine

(10) Dans ce sens O. Tr., 6 avril 1875 : « La pénalité ne serait exclue que dans le cas où la preuve aurait été faite que l'inculpé, par suite de circonstances qui ne peuvent pas lui être imputées, était empêché d'observer les prescriptions dont s'agit ». L'individu avait reçu la marchandise soumise au droit de douane sous une fausse désignation ; ainsi trompé, il avait omis de bonne foi l'inscription sur le registre de contrôle. Des « circonstances » protectrices dans ce sens sont souvent très difficiles à alléguer ou même à imaginer. Comment, par exemple, la décharge peut-elle être rendue possible dans le cas que *Loebe* Zollstrafrecht, p. 98 discute : le commerçant établi dans la gare frontière doit, d'après le § 136, chiff. 6 de la loi sur la douane, pouvoir justifier de l'acquittement des droits sur toutes les marchandises qu'il a reçues, même après les avoir revendues. Une revision intervient et les documents manquent. Il est punissable. Il ne lui sert à rien, comme *Loebe* l'observe avec raison, qu'il ait eu les papiers et qu'il les ait perdus ou égarés ; il était obligé de les conserver et de les bien conserver. Peut-être même — selon les circonstances — la preuve d'un accident d'incendie ne lui servira-t-elle pas : il aurait dû les sauver. Mais si cela avait été évidemment impossible ou si on les lui avait enlevés par effraction ? Alors nous croyons que la peine d'irrégularité devrait cesser, malgré les termes absolus de la loi ; la question de fraude naturellement n'existant pas, tout dépendra de l'appréciation des circonstances de la cause. Quand les tribunaux ne trouvent pas d'excuse, ils aiment à dire, dans les considérants du jugement, que le délit de finance ayant, comme l'on sait, un caractère formel, on ne peut pas ne pas condamner Quand, au contraire, ils en trouvent une, ils disent que le délit de finance suppose au moins une négligence, et qu'aucune négligence n'étant constatée, il faut acquitter. O. Tr., 23 janvier 1868 a prononcé un acquittement parce que l'individu accusé d'une fraude postale, ayant la vue basse, n'avait pas reconnu l'oblitération mal marquée et s'était ainsi servi de nouveau du timbre-poste annulé ; car « il faut au moins prouver une négligeuce ». Le Tribunal de l'Empire au contraire (Samml. Stf. S. IV, p. 822) a décidé que la pénalité n'est pas exclue par le fait que l'inculpé, par erreur, a pris des timbres d'une autre sorte pour des timbres à apposer sur des effets de commerce et s'en est servi ainsi ; en effet, « c'est un principe général et certain en matière de lois sur les droits fiscaux que la pénalité ne suppose ni *dolus* ni *culpa* ». On voit encore ici combien il faut se méfier des définitions et des principes formulés par les tribunaux ; ils sont toujours adaptés aux besoins de la décision à motiver.

Digitized by Google

sévérité du délit de police, le délit de finance est encore plus sévère d'un degré.

2) Tout cela s'applique au délit de finance en général, y compris le délit de finance simple, l'irrégularité. La fraude est un délit de finance qualifié, sanctionné par des peines plus graves et quelquefois aussi ayant des suites juridiques secondaires.

Quel est le caractère particulier des faits qui s'appliquent à ce délit qualifié ? (11)

L'essentiel de la notion est évidemment dans l'effet que la conduite punissable est susceptible d'exercer sur les revenus de l'Etat : l'entreprise doit les menacer d'un préjudice direct ; si elle réussit, le préjudice se produira. A l'opposé sont les entreprises qui rendent le contrôle plus difficile, créent des conditions favorables à un véritable dommage pour les finances, mais ne produisent pas ce résultat directement, même au cas de réussite. Ces dernières sont l'objet de la peine d'ordre. La fraude serait donc *une con-*

(11) Les lois s'expriment d'une manière assez incorrecte. La loi sur les douanes, qui est devenue prépondérante pour la formation des notions juridiques et pour la terminologie des lois de l'Empire concernant les impôts, dit dans son § 135 : Celui qui tentera d'éluder (hinterziehen) les droits d'importation ou d'exportation, se rendra coupable de fraude (Defraudation). De même, la loi d'impôt sur l'alcool de 1887, § 17. Cela veut donc dire que dans la Hinterziehung la simple tentative (tentera) représente déjà le délit entier et qu'on doit remplacer le mot Hinterziehung, qui semble supposer le résultat obtenu, par le mot étranger « Defraudation » qui, comme mot étranger, a l'avantage d'être moins précis. A vrai dire, Defraudation n'est pas autre chose que Hinterziehung. Chez les auteurs, ces deux expressions sont tantôt traitées comme synonymes (*G. Meyer*, V. R. II, p. 347 : « Zolldefraudation oder Hinterziehung der Zölle ») ; tantôt on croit pouvoir se servir de l'une pour formuler la définition de l'autre (*Laband*, St. R. IV, p. 442 ; éd. fr. VI, p 195 : « la Defraudation des droits de douane est la Hinterziehung des droits de douane dus »). Comme dans la prescription de la loi sur les douanes relatée au § 135 ci-dessus, la Defraudation doit aussi comprendre la tentative d'éluder les droits ; il serait illogique de parler d'une tentative de Defraudation ; cependant, cette expression figure dans des actes officiels ; comp. par exemple Begleitscheinregulativ, § 37, al. 2 (Centr. Bl., 1888, p. 510).

Digitized by Google

duite tendant à porter préjudice aux revenus de l'Etat (12).

Mais toute conduite de cette nature ne sera pas une fraude ; sans cela, serait coupable quiconque ne paie pas l'impôt foncier ou l'impôt sur le revenu, espérant se soustraire à cette obligation à raison d'une expropriation imminente, ou en ne se laissant pas toucher par la sommation de faire la déclaration de son revenu ; peut-être aussi l'homme qui boit sa bouteille de l'autre côté de la frontière pour faire l'économie des droits sur le vin.

Il faut qu'à ce fait extérieur de la conduite aboutissant par sa nature à un préjudice pour les revenus de l'Etat s'ajoute encore quelque chose qui donne à cette conduite le caractère d'une faute.

Sous l'impression du mot fraude (Defraudation), on a voulu trouver cet élément de faute dans une *tromperie*, une *induction en erreur*, qui devrait avoir lieu (13).

Mais cela ne se présente pas, par exemple, dans la fraude du timbre sur les effets de commerce, dans la fraude des droits de poste par la violation du monopole, dans la fraude commise en employant dans un autre but la marchandise affranchie des droits en faveur d'un certain emploi (14).

(12) O. L. G. München, 30 décembre 1884 (*Reger*, V, p. 440) : « l'attentat aux droits est menacé ; il n'est pas besoin qu'on ait réussi à causer effectivement un préjudice pécuniaire ».

(13) *G. Meyer*, V. R. II, p. 202.

(14) Comp. un cas de cette dernière espèce dans *Haelschner*, Stf. R. p. 1005 L'idée d'une tromperie tombe dans le vide toutes les fois que la fraude s'effectue, sans que l'autorité puisse avoir la moindre connaissance de ce qui se passe. Cela se présente de la manière la plus éclatante dans l'impôt du timbre sur les effets de commerce ; grâce à sa forme particulière de recouvrement (comp. § 27, III, n. 2 ci-dessus), cet impôt est dû, acquitté ou fraudé, sans que l'autorité y soit pour quelque chose ; ce n'est que par les traces que ces faits ont laissées, qu'elle pourra reconnaître plus tard ce qui est arrivé. C'est pourquoi la loi d'impôt du timbre sur les effets de commerce § 15 définit la fraude

Digitized by Google

D'un autre côté, l'action de tromper qui a pour effet de causer un préjudice aux revenus de l'Etat n'est pas toujours une fraude ; elle peut être une escroquerie ; elle peut être une simple irrégularité parce que la loi n'a pas donné spécialement à ce cas la qualité de fraude (15).

La qualification spéciale de délit de finance qui en fait une fraude ne peut lui être donnée que par l'acte d'autorité ; et c'est cette inscription dans l'acte d'autorité qui en fait un dèlit. Toute peine repose sur la réprobation, de la part de l'autorité, de la conduite punissable. Cette réprobation peut-être contenue dans la règle même qui fixe la peine ou dans un ordre séparé dans lequel l'infraction doit être frappée de la peine. Est fraude le délit de finance pour lequel la réprobation le conduisant à la peine a été prononcée *à cause de sa tendance à produire un préjudice aux revenus de l'Etat.*

Cela peut donc se faire sous différentes formes.

La chose se présente de la manière la plus simple quand la loi dit expressément : quiconque se conduit de telle ou telle façon, ou n'obéit pas à tel ou tel ordre de finance, est coupable de fraude et sera puni en conséquence. Quand les peines de fraude sont spécialement fixées, il suffit qu'une peine de ce genre soit attachée à des faits déterminés (16). Alors la

tout simplement : « l'inaccomplissement de l'obligation d'acquitter le droit de timbre ». On ne réussira pas à y mêler encore la supposition d'une tromperie.

(15) Très instructif à cet égard est le cas relaté par *Kindervater* dans Goltdammer Arch. XXIV, p. 307 ss. : Le brasseur taxé avec réserve de l'imposition de l'excédent doit tenir un registre exact des matières employées. Ce registre a été falsifié dans l'intention d'éluder l'imposition supplémentaire. O. Tr., 28 sept. 1876 décide qu'il n'y a pas de fraude, parce que le cas n'est prévu par aucune des prescriptions du § 27 de la loi d'impôt sur les brasseries, qui énumère les cas de fraude. Donc il ne peut être question que d'une peine d'irrégularité d'après le § 135 de la loi — peut-être aussi d'une escroquerie d'après le droit pénal commun. Comp. la note 21 ci-dessous.

(16) Des exemples dans la loi sur la douane, § 136 : « La fraude

Digitized by G

notion de fraude pour cette matière de la législation dépend exclusivement de cette définition : la loi a manifesté sa volonté de ne considérer comme tendance à causer préjudice aux revenus de l'Etat que cette conduite déterminée.

Tout ce qui n'y rentre pas ne peut être frappé d'une peine que d'après le droit pénal commun ou ne peut être considéré que comme délit de finance simple.

A l'opposé est la fixation de peine par la loi en ces termes: la fraude commise à l'encontre de ce droit sera punie de telle ou telle manière. Ici il ne sera pas permis d'imaginer une notion générale quelconque d'hostilité contre les revenus de l'Etat, qui serait à traiter de fraude au sens de la loi pénale. La menace n'est déterminée que par les ordres de finance qu'elle suppose émis dans la loi même ou dans des actes administratifs, individuels ou généraux. La conduite réprouvée par ces ordres, la désobéissance, est soumise à la peine. Mais on n'envisage pas ici toute espèce d'ordres de finance. Une fraude n'existe qu'au cas où l'ordre de finance a défendu une conduite en considération de ce fait qu'elle est de nature à causer un préjudice aux revenus de l'Etat. On pourra tirer cette conclusion de son objet même, de la nature de la conduite réprouvée. Dès lors, il faut faire un départ parmi les ordres de finance existants selon leur importance matérielle, ce qui ne fait pas de difficultés. Un

est spécialement réputée accomplie, quand, etc. » ; loi d'impôt sur les brasseries, § 27, chiff. 1-4 ; loi d'impôt du timbre sur les effets de commerce, § 15. — Il en est de même dans le cas où la fixation de peine de la fraude, au lieu de désigner directement les faits constitutifs, renvoie à la désignation donnée à un autre endroit, spécialement à des ordres de finance émis précédemment par la même loi. Ainsi loi d'impôt sur les cartes à jouer, § 11 : « L'inaccomplissement de l'une des obligations qui, d'après le § 3, incombent à celui qui importe ou qui reçoit des cartes à jouer venant de l'étranger, sera puni de la peine fixée par le § 10 ». Pareillement, loi d'impôt sur les brasseries, § 27, chiff. 5. Voyez aussi : loi postale, § 27.

Digitized by Google

ordre ne doit servir qu'indirectement, pour faciliter la surveillance, restreindre les possibilités de la fraude, ce qui se fera aisément connaître par son contenu (17).

D'après le modèle de la loi sur les douanes, plusieurs lois d'impôt donnent à la fraude un caractère conditionnel. Il est dit : quiconque se conduira de telle ou telle manière ou contreviendra à tel ordre déterminé sera puni pour fraude, à moins qu'il ne prouve qu'un préjudice aux droits ne pouvait pas résulter ou n'était pas dans ses intentions. Dans ce cas, une simple peine d'irrégularité aura lieu (18).

Il y a alors réprobation définitive de la conduite par la fixation de la peine même ou par l'ordre auquel elle renvoie. On hésite sur le point de savoir si la réprobation doit être considérée comme ayant pour cause la tendance à porter préjudice aux droits ou la qualification particulière que nous venons de voir. La conduite doit être considérée comme ayant cette

(17) On ne saurait donc considérer comme un avantage, pour l'application de la loi, de désigner elle-même expressément les ordres de finance, ce qu'elle fait dans la première interprétation. Il en résulte plutôt le désavantage que des ordres de finance plus libres et qui ne sont pas déjà contenus dans la loi même, par suite spécialement ceux des régulatifs, sont de cette manière laissés de côté, et que, contrairement à ce que la logique exige, leur inobservation ne peut pas être traitée de fraude. Comp. la note 15 ci-dessus. Un système mixte serait peut-être préférable : désigner dans la loi même certains cas de fraude et ajouter une clause générale pour d'autres cas de fraude commis par l'inobservation des ordres de finance à émettre pour prévenir les atteintes aux finances. Dans ce sens loi sur les douanes, § 135 : « quiconque aura entrepris d'éluder les droits d'importation ou d'exportation (§ 3 et 5) ». Les §§ mis entre parenthèses ne parlent que de l'obligation de payer les droits de douane en général, et non d'ordres de finance determinés. De même, loi d'impôt sur l'alcool de 1887, § 17. Ces deux lois désignent par « spécialement » au moins les cas les plus importants de la fraude d'une manière expresse. La notion générale continue, à côté de cela, à avoir son effet : *Loebe*, Zollstrafrecht, p. 61.

(18) Loi sur les douanes, § 137 ; loi d'impôt sur le sel, § 13 ; loi d'impôt sur les brasseries, § 32 ; loi d'impôt sur le tabac, § 34 ; loi d'impôt sur les cartes à jouer, § 11. Comp. aussi la loi (pruss.) de l'impôt sur le revenu du 24 juin 1891, § 66.

Digitized by Google

tendance. Mais la preuve contraire reste possible à savoir que, dans le cas donné, des causes extérieures la rendaient incapable de causer un préjudice ou que la volonté de causer un préjudice faisait défaut. Cette preuve faite, la qualification particulière de la conduite tombe ; elle est simplement réprouvée et soumise à la peine d'irrégularité. Mais elle n'est plus réprouvée comme tendant à un préjudice ; elle n'est plus une fraude.

Comme il est évident qu'il y a ici une présomption de droit, nous aurons encore à revenir sur ce cas (19).

3) La fraude a besoin d'une délimitation plus précise dans une autre direction : celle du délit d'*escroquerie* d'après le droit pénal commun.

Les faits constitutif de la fraude présentent une concordance évidente avec ceux de l'escroquerie. Il s'agit d'un préjudice pécuniaire qui doit être causé à un autre, l'Etat ; le fraudeur veut se procurer par là un avantage illicite. La plupart des cas de fraude (mais pas tous) se produisent au moyen de déclara-

(19) *Haelschner*, Stf. R., p. 1006 fait ici complètement fausse route. Il est d'avis que pour les délits de finance il y a toujours présomption de faute : il en voit la preuve dans la prescription dont nous parlons ici, loi sur les douanes, § 137, etc. Il résulterait de la nature de ces délits « que l'impunité dépend de la preuve de non-culpabilité que l'inculpé aura à faire ». D'ailleurs, il ajoute lui-même que, dans le cas où la preuve de la non-culpabilité est faite, il y aura lieu à une peine, mais bien entendu à une peine moindre. Mais il est facile de voir qu'il ne s'agit pas de pénalité et d'impunité, de culpabilité et de non-culpabilité, mais de deux sortes de délits avec deux sortes de fautes : fraude et irrégularité, defraudation et contravention. — *Haelschner*, poursuivant aveuglément cette idée que dans le § 137 il s'agit d'une preuve déchargeant de toute pénalité, parvient à appliquer les principes de ce paragraphe même à l'impôt du timbre sur les effets de commerce, Cet impôt cependant n'admet pas du tout la distinction de deux sortes de délits entre lesquels la preuve de décharge du § 137 trace la limite. Il est d'avis que, pour cet impôt aussi, « la pénalité est exclue par la preuve de l'absence de l'intention de frauder l'impôt ». C'est évidemment faux. Dans la sphère du droit pénal en matière de finances, on ne s'en tire pas à si bon compte.

Digitized by Google

tions fausses, de vérités cachées ou de réticences illicites ; une erreur est provoquée ou soutenue. Ici donc l'escroquerie devrait être substituée à la fraude ; du moins, il devrait y avoir concurrence de ce délit.

Dans ces cas, malgré tout, un délit d'escroquerie n'est pas admis. L'opinion publique ne veut pas l'y reconnaître ; les tribunaux eux-mêmes déclarent l'afffaire terminée par la condamnation aux peines sur la fraude et refusent de condamner pour escroquerie (20).

On a essayé, de différentes manières, d'en faire la justification doctrinale.

On a prétendu que le droit pénal en matière de finance forme une sphère de droit à part, de manière à exclure partout l'application du droit pénal commun. Même dans le cas où ce droit laisse une lacune, le droit pénal commun, dit-on, ne doit pas s'appliquer ; à plus forte raison doit-il en être ainsi dans le cas où les propres fixations de peine du droit pénal financier trouvent leur application (21). Mais une pareille restriction à la sphère naturelle du droit pénal commun ne s'entend pas d'elle-même. Comme elle n'est consacrée par aucune loi, cette explication doit être écartée.

Une autre opinion, — qui compte le plus de partisans dans la jurisprudence, — considère comme décisive cette question : la loi d'impôt s'est elle emparée

(20) *Escher*, Lehre v. strafb. Betrug, p. 235 ; *Meisel* dans Finanzarchiv, V, p. 57 ss. ; *Schwaiger* dans Gerichtssaal, 49, p. 401 ss. On aime à ajouter à cette constatation les vieilles lamentations sur l'opinion « qu'il n'y a pas de tort dans la contravention contre les lois douanières » et qu'il n'y a pas de « morale en matière d'impôt » *Mittermaier* dans Arch. f. Krim. R. 1836, p. 329 ; *Eglauer*, Ostr. Steuer. Stf.R. p. 14 ss. Mais il s'agit d'une jurisprudence de nos tribunaux qui frappent avec empressement le tort de la fraude des peines les plus sévères. Si la notion de l'escroquerie se présente ici, c'est sur un point particulier qui pourra être discuté *sine ira ac studio*, tous les vœux pour l'amélioration de l'esprit public réservés.

(21) *Kindervater* dans Goltdammer Arch. XXVI, p. 309 ss. Dans ce sens aussi R. G., 26 juin 1880 (Samml. Stf. S., II, p. 114).

Digitized by Google

complètement de certains faits constitutifs du délit pour y attacher ses pénalités financières ? Dans l'affirmative, conformément à la réserve contenue dans E. G. z. Stf. G. B. § 2, al. 2, l'application du § 263 Stf. G. B. (concernant l'escroquerie) doit être exclue. Mais cette réserve suppose elle-même qu'il s'agit d'une « matière spéciale », à la différence de celles qui sont traitées et réglées dans le Code pénal. Ainsi elle ne rend pas superflue l'explication dans laquelle on se demande pourquoi les faits constitutifs de la fraude ne tombent pas sous le coup du § 263 Stf. G. B. (22).

Dans l'examen doctrinal de la question, on cherche, aujourd'hui la solution, non plus dans des motifs extérieurs, mais dans la nature juridique de l'escroquerie même ; un de ces éléments essentiels ne se trouverait pas dans les faits constitutifs de la fraude. L'escroquerie, dit-on, est une attaque dirigée contre la fortune d'autrui. La tromperie, qui est de son essence, ne peut donc pas consister dans le simple fait de se défendre, de se taire, de laisser faire. Elle suppose toujours qu'on s'ingère dans la sphère d'un individu,

(22) *Olshausen*, Stf. S. B., II, p. 1076 (sect. 22, n. 3 a) ; R. G., 4 avril 1881 (Samml Stf. S., III, p. 193), 13 juillet 1886 (Samml. Stf. S. VI, p. 293) ; O. Tr. 28 sept. 1878. — *Riedel* (Proebst.), Bayr. Pol. Stf. S. B., p. 9, réclame pour les prescriptions pénales réservées une autre « nature spécifique de l'objet. » Voilà donc encore la question ! — *Binding*, Stf. R., I, p. 294, 295, voudrait voir dans la mention faite des violations des lois sur la police de la presse, la poste, les impôts, les pouanes, etc., une fiction établie par la loi de l'Empire, que ces lois concernent des matières indépendantes. Mais si la loi d'introduction parle ici de prescriptions spéciales concernant des matières distinctes et indique « spécialement » quelques exemples, elle ne peut pas avoir voulu préparer ainsi une fiction. *Schwaiger* dans Gerichtssaal, p. 447, veut, malgré le § 2, al. 2, E. G., appliquer le droit commun de l'escroquerie à la sphère spéciale des lois d'impôts, de douanes, etc., en tant que la loi spéciale n'en exclue pas l'application. Il faut convenir que cette exclusion ne peut être faite que par une loi de l'Empire et qu'elle ne doit pas nécessairement être expresse : elle est, par exemple, suffisamment contenue dans le texte du § 27, chiff. 3 de la loi postale. Mais, dans ce système, nous ne pourrions jamais avoir une explication de la même exclusion qui a lieu dans les matières financières régies par les lois particulières.

qui doit-être déterminé, mis en mouvement ou empêché. L'escroquerie est un délit de commission. Cette qualité, on veut la refuser à la fraude. Elle n'est que défense ; elle ne va pas au-delà du résultat négatif. Le fraudeur qui fait passer la marchandise à la dérobée devant le bureau de douane ou qui la cache sur lui, qui en renie la possession, ferait, en réalité, sous une forme différente, la même chose que le débiteur qui se soustrait au paiement par des subterfuges, sans sortir par là de sa propre sphère. La fraude serait donc, à la différence de l'escroquerie, un délit d'omission (23).

Nous pensons aussi qu'il est impossible de chercher la particularité de la fraude ailleurs que dans ce défaut de caractère offensif de la tromperie (24). A cet égard, il y aura cependant lieu d'examiner de plus près les détails du délit de finance.

Le caractère offensif, tout d'abord, ne peut pas être nié lorsque la tromperie a pour but d'obtenir une *prestation* de l'Etat, soit le paiement d'une somme d'argent, soit l'avantage d'un service public, alors que cet avantage ne devrait être accordé que moyennant un équivalent. Quand les conditions de l'escroquerie sont

(23) Il faut citer ici au premier rang *Merkel*, Krim. Abhandl., I. p. 93, II, p. 108 ss. Dans ce sens, *Schütze*, Stf. R., p. 472 ; *Haelschner*, Stf. R., II, p. 257. Comp. sur la nature aggressive de la tromperie, notamment *Merkel*, Krim. Abhandl., II, p. 136 : « La conduite de l'escroc doit présenter une activité ». La même idee dans R. G. 5 juillet 1886 : il faut « une induction en erreur qui se fait d'une manière active », « des arrangements spéciaux pour la tromperie ».

(24) R. G. 26 juin 1880 (comp. la note 21 ci-dessus) avait cru que la distinction formelle — à savoir que « cette matière appartient à la loi d'impôt » — aurait pu suffire, et qu'il aurait pu le dispenser d'apprécier les efforts faits par la doctrine pour établir une distinction entre la fraude et l'escroquerie. Mais peu de temps après (4 avril 1881. Samml., III, p. 193), les sénats réunis décidèrent que cette matière n'appartient cependant pas complètement à la loi sur l'impôt. En réalité, il s'agit ici d'une question dans laquelle on ne peut pas se dispenser de faire cette délimitation doctrinale, à moins de renoncer à toute solution bien établie.

Digitized by Google

réunies, le fait que l'acte est en même temps soumis à une peine en sa qualité de fraude ne forme pas obstacle à la reconnaissance d'une escroquerie (25).

La question doit se restreindre aux cas de fraude dans lesquels il s'agit seulement de ne pas payer à l'Etat ce qui lui est dû ou de compromettre les garanties de la créance. Mais ici encore, la tromperie n'est pas une simple défense par cela même qu'elle a pour but de ne rien donner. La créance de l'Etat qu'il s'agit d'éluder est déjà en elle-même un objet susceptible d'être attaqué. Il ne peut s'agir que de savoir si la tromperie, de son côté, représente une attaque. Elle ne le fait pas quand elle se borne à cacher simplement ; elle devient une attaque aussitôt qu'elle soustrait ou rend inefficaces pour l'Etat les moyens d'apercevoir dont il aurait pu se servir.

Quand le débiteur, dans un rapport de droit civil, par des artifices frauduleux ou par une simple négation dans le cas où il était obligé de dire la vérité, induit le créancier en erreur sur sa créance, on considère cela comme une attaque, comme une

(25) Quand on refuse d'appliquer le droit de l'escroquerie à la fraude à raison de l'absence de nature aggressive de la tromperie (comp. la note 23 ci-dessus), on ne manque pas de remarquer spécialement que l'Etat n'y perd rien, mais seulement ne reçoit pas ce qui lui est dû. Dans ce sens *Merkel* dans Holtzendorff Handb. III, p. 762. Mais ce raisonnement fait complètement défaut dans le cas où une prime d'exportation a été obtenue frauduleusement. D'après la loi d'impôt sur le sucre du 26 juin 1869. § 4, il y a lieu à la peine de fraude quand on a prétendu à la bonification moyennant de fausses déclarations. En principe, on s'en tiendra à cette peine sans examiner si de la part du déclarant il y avait erreur, négligence ou dol ; dans ce dernier cas, il y a escroquerie. Il faudrait juger de la même manière le cas du « passe-volant ». La loi postale § 25 frappe de la peine de fraude le fait d'avoir voyagé « sciemment » sans payer. Cela n'est pas nécessairement une escroquerie ; mais cela pourra l'être. La question est la même que pour le passe-volant en chemin de fer (*Schwaiger* dans Gerichtssaal, p. 443, note 1). Il n'y a qu'une différence de fait : c'est que le chemin de fer poursuit plus facilement pour escroquerie que la poste, attendu qu'il n'a que ce moyen pour amener une punition.

Digitized by Google

escroquerie (26). Pourquoi alors n'en est-il pas ainsi pour les créances d'impôts et de droits de douanes ?

En effet, il n'en va pas autrement dans beaucoup de créances semblables. Si le débiteur de l'impôt fait croire au receveur qu'il a payé, c'est une escroquerie. Si le planteur de tabac, lors du pesage de ses produits, dérange la balance, il en sera de même (27).

C'est un cercle d'actes déterminés dans lesquels la particularité de la fraude se manifeste d'une manière constante. Le débiteur de l'impôt obligé de déclarer consciencieusement son revenu ou un autre objet d'imposition fait un mensonge ; le conducteur de marchandises obligé de présenter la marchandise au bureau des douanes la dissimule dans des cachettes artificiellement préparées ; le brasseur qui doit tenir des registres exacts devant servir à le contrôler fait sur ces registres de fausses inscriptions ; le bouilleur d'alcool dérange l'appareil de contrôle que l'autorité a attaché à ses machines (28).

(26) Le mensonge ici est escroquerie ; « à raison de l'engagement pris de dire la vérité, la communication elle-même autorise l'attente de l'exactitude » ; *Merkel*, Krim. Abhandl., II, p. 159, p. 166 ss. Des exemples dans *Oppenhoff*, Stf. G. B. sous § 263, n. 53.

(27) Loi d'impôt sur le tabac, § 12. La loi ne prévoit pas de peine de fraude pour ce cas. Le droit pénal commun avec les règles sur l'escroquerie suffit.

(28) Loi d'impôt sur l'alcool, § 19, chiffre 3, à la différence du cas relaté à la note précédente, prononce une peine spéciale pour fraude du droit sur la consommation, lorsque la fraude a lieu au moyen d'un dérangement de l'appareil de contrôle. A défaut d'une prescription pareille, il n'y aurait pas lieu ici à une punition ; car la loi sur l'escroquerie qui protège la bascule de l'office du pesage, ne protège pas également l'appareil de contrôle que le distillateur est obligé de souffrir chez lui. C'est un cas identique à celui du registre de brasserie mal tenu, cas traité par R. G., 26 juin 1880 (Samml., II, p. 114). Que l'exclusion de l'escroquerie soit là inexactement motivée, cela n'enlève pas son importance au résultat effectif. — *Schwaiger* dans Gerichtssaal, II, p. 439, voudrait, à cause de l'obligation de déclaration, considérer comme escroquerie des déclarations mensongères sur les objets imposables. Ce qu'il invoque dans la note 1 à l'appui de cette opinion, en tant que cela concerne vraiment la question, prouve seulement que le silence

Digitized by Google

Une chose commune à tous ces cas, c'est que les mensonges, les artifices dont se sert le débiteur, ont toujours pour but de contrecarrer une *action du pouvoir financier* qui s'est exercée sur lui, une charge, une restriction, que le pouvoir financier lui avait imposée auparavant. Le but de cette action était de forcer le débiteur à manifester lui-même ses obligations de payer et à contribuer à ce qu'elles soient connues et garanties. Si nous comparons à la règle commune le procédé par lequel le débiteur se soustrait par tromperie aux obligations qui pèsent sur lui, il est évident que c'est une escroquerie.

Ces mesures auxiliaires du pouvoir financier forment vis-à-vis du débiteur une sphère propre à l'Etat ; elle est constituée, il est vrai, sur le sol de sa liberté naturelle, mais constituée d'une manière légale et juridiquement valable. La tromperie est une attaque dirigée contre cette sphère. Si, en fait, on ne la traite pas comme une escroquerie, on doit avoir conscience de ce qu'on fait.

Cela ne veut pas dire autre chose que ceci : la tromperie n'ayant pour but que de se soustraire à de semblables restrictions pour ainsi dire de la liberté, n'étant dirigée que contre la sphère conquise par le pouvoir financier sur la liberté individuelle, cette escroquerie est encore considérée comme une défense et non comme une attaque.

C'est ce qui fait vraiment la particularité juridique du phénomène que nous avons devant nous. Cela nous donne également le criterium infaillible pour délimiter tous les cas de fraude qui, quoique offrant extérieurement tous les signes caractéristiques de

peut être une escroquerie à raison de rapports obligatoires de droit civil. Mais en ce qui concerne les déclarations obligatoires en matière d'impôt, le contraire est de droit chez nous ; cela ne saurait être contesté.

Digitized by Google

l'escroquerie, ne sont cependant pas considérés comme escroquerie. Qu'un élément de la notion puisse acquérir un autre sens que celui qui lui semblait dévolu, c'est ce que nous rencontrons encore dans d'autres parties du droit (29). Si tel est le cas spécial pour notre matière, il ne faut pas parler légèrement de relâchement spécial du sentiment moral. Au contraire, cela fait bien ressortir la différence qui existe entre la moralité purement humaine, dont la violation est vengée par le droit commun de l'escroquerie, et les obligations et restrictions artificielles qu'une administration financière zélée sait faire établir par une législation docile.

III. — *L'application de la peine* en matière de finance a la nature d'une décision, c'est-à-dire d'une déclaration de ce que le droit positif a voulu pour le cas individuel. Comme telle, elle tend à se faire dans la forme de la justice, soit qu'elle y ait été renvoyée directement, soit qu'une résolution d'amende émise d'abord par l'autorité administrative ait été attaquée par une voie de droit. Les détails dépendent de l'organisation de ces voies.

Mais, dans toute cette procédure, il y a quelques règles particulières qui dérivent de la nature même du délit de finance et qui, par conséquent, doivent nous occuper ici.

La fraude, le délit financier privilégié, recherche, par sa nature, le secret et la clandestinité; le résultat

(29) *Ihering*, Zweck im Rechte, II, p. 260 ss. nous offre une analogie dans ce qu'il expose sur la contrainte « propulsive » et « compulsive ». La première attaque, comme il le démontre, n'est pas permise à l'individu. Mais il peut arriver que, dans certains rapports, un fait soit compté comme contrainte compulsive, qui, d'après sa forme, serait une contrainte propulsive, une attaque. Repousser une attaque dirigée contre une possession est compulsif; reprendre de force la possession qui avait été enlevée violemment est propulsif : cependant, pour l'action possessoire, ce dernier fait est encore traité comme compulsif, donc permis. C'est tout à fait notre cas.

Digitized by Google

voulu est l'impunité ; l'un dépend de l'autre. Il s'en suit que la preuve par induction logique, la preuve par des *présomptions* joue ici un grand rôle.

Mais la loi ne s'en tient pas aux présomptions naturelles, dont le juge pourrait se servir ici ; elle a établi un système des présomptions positives.

Ces présomptions légales se restreignent à la sphère des impôts indirects et se distinguent en deux groupes : elles concernent ou bien cette *tendance spéciale* qui donne le caractère de fraude au délit financier simple, ou bien la *fraude personnelle*.

1) Sur le premier point, il faut surtout citer les présomptions devenues si importantes de la loi sur les douanes § 136 : « La fraude est réputée consommée » dans une série de faits spécialement désignés. Ces faits considérés en eux-mêmes présentent, dans tous les cas, des irrégularités punissables. On pourrait parler de cette présomption naturelle, à savoir que le fait avait pour but de préjudicier aux droits de douane, et doit être considéré, par conséquent, comme fraude. Mais la loi fait de cette présomption une présomption de droit : « l'existence des délits en question (la fraude) est... suffisamment constatée par les faits sus-indiqués » (loi sur les douanes § 157). C'est à l'inculpé à faire la preuve contraire dans un sens spécialement déterminé ; si cette preuve réussit, la fraude devient une simple irrégularité ; si elle ne réussit pas et que l'affaire ne reçoive pas d'autres éclaircissements, le fait conserve la nature de fraude qui lui a été attribuée par la présomption légale. La rigueur de cette présomption devient encore plus éclatante si on rapproche les prescriptions contenues dans le § 138 de la loi sur les douanes : si, en transportant des marchandises, on ne peut pas produire sur-le-champ certaines justifications ou si les inscriptions sur les registres prescrites

Digitized by Google

n'ont pas été effectuées, « cela entraîne bien la présomption qu'une fraude a été commise et, selon les circonstances, la saisie provisoire. Mais si cette présomption est démentie par une instruction plus approfondie, il n'y aura lieu qu'à une peine d'irrégularité ». La présomption ici n'est que naturelle ; c'est un simple soupçon, suffisant pour la mesure provisoire, mais pas pour la condamnation. C'est le résultat de l'instruction plus approfondie qui décide au sujet de la condamnation ; un *non liquet* devrait amener l'acquittement (30).

Mais la loi financière pourra aussi procéder dans un sens contraire, établir des présomptions *en faveur de l'inculpé*. Un exemple se trouve dans la loi de l'impôt sur l'alcool de 1887, § 20. Dans le projet de loi on avait simplement copié la formule de la loi des douanes, § 137 ; il y avait présomption de fraude, sauf la preuve contraire qu'une fraude n'a pas pu être commise ou n'était pas dans les intentions. Cela a été modifié dans le sens suivant : « Si cependant, dans ces cas, il est constaté qu'une fraude n'a pu être commise ou qu'il ne soit *pas constaté* qu'une fraude était dans les intentions, etc. » ; dans ce cas donc, on ne doit pas présumer une fraude, mais une simple irrégularité.

La constatation de l'intention frauduleuse pourrait se faire simplement en vertu de la présomption naturelle qui s'attache à l'inobservation des mesures de contrôle. Si une constatation spéciale est exigée, cela veut dire que cette présomption naturelle est exclue : il faut des motifs spéciaux pour admettre l'intention frauduleuse. Cette prescription prouve qu'il est inexact de dire que les présomptions éta-

(30) Le même système de présomption se trouve aussi dans la loi de l'impôt sur le tabac, § 34, al. 3.

Digitized by G

blies par le droit pénal en matière financière apportent toujours des aggravations à la charge de l'inculpé.

2) Le second groupe de présomptions concerne la question de la *culpabilité personnelle*. Toute peine suppose une faute. Le fait externe que le résultat voulu par l'ordre de finance n'a pas été obtenu entraîne, conformément aux exigences rigoureuses qui s'adressent ici à la diligence du sujet, une présomption de faute ; c'est une présomption purement naturelle et dont nous n'avons pas à nous occuper.

Mais la loi donne des règles spéciales pour les cas dans lesquels une personne doit *répondre* d'un fait contraire aux finances qui n'émane pas directement d'elle-même, mais qu'elle est obligée de prévenir. Ici la faute est l'objet de présomptions légales.

Il y a deux sortes de responsabilité.

La *responsabilité pénale* d'un entrepreneur peut s'attacher à la circonstance que le fait contraire aux finances se produit dans la sphère de son entreprise, dans son commerce, dans les locaux où il a des intérêts. Cela entraîne alors l'obligation d'empêcher ce fait. L'inobservation de ce devoir cependant ne constitue la faute supposée pour la pénalité que dans le cas où l'entrepreneur avait connaissance du dommage. La loi établit là des présomptions d'un caractère plus ou moins rigoureux. Ou bien le fait contraire aux finances étant donné, la connaissance de l'entrepreneur doit être présumée, à moins qu'il ne soit fait la preuve du contraire (31). Ou bien, en sens inverse, on exige la constatation spéciale de la connaissance chez celui qui doit être rendu respon-

(31) Loi d'imp. sur les cartes à jouer, § 10, al. 3.

Digitized by Google

sable, ce qui, dans le doute, entrainera encore l'acquittement (32).

La seconde espèce de présomptions légales s'attache à la *responsabilité* du patron *pour les amendes* encourues par ses subordonnés (comp. IV n. 1 ci-dessous). Cette responsabilité peut dépendre d'une faute personnelle du patron. La faute pourra alors consister dans l'omission d'empêcher ou de surveiller, ou dans le mauvais choix des subordonnés. Mais la loi règle la preuve d'une manière spéciale en établissant des présomptions de la connaissance, de la négligence du patron, ou en exigeant, en sens inverse, la constatation de faits spéciaux d'où la faute devra résulter (33).

IV. — La peine en matière de finance présente de nouvelles particularités, en ce qui concerne la nature juridique de ses *moyens*.

Il s'agit principalement d'amendes. Elles doivent en partie être déterminées par l'autorité ; celle-ci décide suivant une latitude qui lui est laissée par la loi ; cela a lieu surtout dans les peines d'ordre (Ordnungsstrafen) pour délits de finance simples, irrégularités, contraventions. Pour une autre partie, elles doivent être calculées d'une manière particulière d'après un taux fixe. C'est la règle des peines sur la fraude.

(32) Loi d'imp. sur l'alcool de 1887, § 28.

(33) Très remarquables surtout sont les prescriptions de la loi d'imp. sur l'alcool de 1868, § 66 : Le distillateur est responsable des amendes encourues par ses directeurs ou employés. Mais, en règle, il faut qu'on puisse lui prouver une négligence dans le choix ou dans la surveillance. Est réputée négligence le fait d'avoir engagé sciemment un individu qui avait déjà subi une condamnation pour fraude commise contre l'impôt sur l'alcool, à moins que l'autorité financière n'ait approuvé spécialement cet engagement. Un distillateur qui lui-même avait déjà été condamné pour fraude commise intentionnellement contre l'impôt sur l'alcool a contre lui la présomption d'agir négligemment dans le choix ou la surveillance de ses agents ; il lui faut, le cas échéant, se décharger par la preuve qu'il a pris tous les soins possibles. D'autres présomptions de cette espèce existent dans loi d'impôt sur l'alcool de 1887, § 32 ; loi sur les douanes, § 153.

Digitized by Google

Elles prennent pour point de départ le montant du droit contre lequel la fraude était dirigée, du préjudice que le fisc aurait éprouvé si la fraude avait réussi. La peine est un multiple qui ne varie pas selon le degré de la culpabilité, mais doit être calculé et prononcé d'une manière variable.

C'est dans cette dernière espèce que la nature juridique particulière du moyen de punition en matière de finance se dessine le plus nettement : il n'y a pas seulement un mal dont le coupable est frappé, il y a aussi un *avantage pour la caisse publique* ; le fisc doit en profiter. Le moyen de punition se range ainsi sous des points de vue qui lui donnent une certaine affinité avec une créance de droit civil (34). Ce qui peut être comparé, c'est le droit à indemnité : une indemnité est due à l'Etat pour le surcroît de frais de surveillance que de pareilles entreprises lui causent, et pour les pertes qu'en fait il éprouve par les fraudes des individus qui réussissent de temps en temps ; celui qui est attrapé une bonne fois paiera aussi pour les autres.

C'est cette affinité avec une indemnité de droit civil qui a rendu possible ici-même l'idée d'une peine correctionnelle (comp. I, ci-dessus). Elle s'affirme encore, d'une manière plus générale, par les deux institutions suivantes particulières au droit pénal financier.

1) Il existe une *responsabilité pour des subordonnés*, employés, enfants, femmes. Cette responsabilité peut dépendre d'une faute personnelle du maître ou s'attacher simplement au fait de la subordination existante.

(34) *H. Meyer*, Stf. R., § 123, pour relever cette particularité de la peine en matière de finance, expose que « la loi s'en tient, en général, à de simples amendes et traite l'amende à payer comme une espèce de dette civile d'un ordre supérieur ». Cela doit naturellement amener des conséquences importantes.

Digitized by Google

Déclarer la responsabilité n'est pas prononcer une peine. Il ne doit pas être appliqué par là une peine ultérieure ; il n'y a qu'une peine : celle qui frappe l'auteur du délit. Celui qui en est rendu responsable n'est recherché que pour assurer à l'Etat le paiement qui lui est dû. Les rapports qui décident ce point sont les mêmes que ceux auxquels le droit civil attache les responsabilités pour les droits à indemnité.

La responsabilité comprend toujours l'amende encourue et les frais, mais elle exclue l'emprisonnement qui aurait été prononcé.

Elle est restreinte quelquefois expressément au cas où le coupable est insolvable et où l'amende ne peut pas être recouvrée sur lui (35). Toujours, la personne déclarée responsable, à la différence d'un complice, pourra exercer son recours contre le coupable.

En tant qu'elle ne suppose pas une faute de la part du maître, cette responsabilité pourra aussi frapper une personne incapable. Il suffira que le coupable se trouve envers elle dans le rapport de dépendance qui entraîne la responsabilité. Ainsi, la responsabilité pour l'amende pourra être prononcée même contre des sociétés et des personnes morales, spécialement aussi contre le fisc (36).

2) Du fait que cette peine doit être considérée comme une espèce d'indemnité, il résulte que les autorités financières ont le pouvoir exceptionnel de disposer de la peine encourue.

En fait, ce pouvoir leur appartient dans une vaste

(35) Loi d'imp. sur l'alcool de 1868, § 66 ; loi de 1887, § 32.

(36) *Loebe*, Zollstrafrecht. p. 139, 144. La peine elle-même ne frappe jamais la personne morale, parce que cela suppose, même dans le délit de finance, une faute au point de vue du droit pénal, faute dont elle n'est pas capable ; comp. II, n. 1 ci-dessus. Quant à la responsabilité du fisc, comp. tome I, § 11, note 11.

Digitized by Google

mesure. Elles peuvent renoncer à la poursuite, étouffer l'affaire ou se contenter du paiement d'une somme moindre. Elles peuvent aussi faire remise de la peine *prononcée* ou la modérer. Nous voyons même déclarées possibles des transactions sur la peine, dans lesquelles cette dernière est fixée, du consentement de l'intéressé (ordinairement bien entendu), à une somme inférieure à celle qui a été encourue légalement (37).

Quelle est la raison de ces pouvoirs extraordinaires ?

Il ne s'agit pas de l'exercice du *droit de faire grâce*. Ce droit est, par sa nature, attaché à la personne du prince ; il répugne à la délégation aux autorités (38).

(37) A cet égard, le point de départ se trouve dans la circulaire du min. des fin. pruss. du 14 nov. 1827, autorisant les directeurs des offices supérieurs « à abandonner les poursuites pour des bagatelles concernant des droits d'un thaler au maximum ». Cette autorisation s'applique également aux simples peines d'irrégularité d'après la loi de l'union douanière : circulaire du min. des fin. 10 août 1872 (Preuss. Centr. Bl., p. 304) : résolution du Bundesrath 2 juillet 1873 ; circulaire du min. des fin. pruss., 26 août 1873 (Preuss. Centr. Bl., p. 249). *Hoyer*, Preuss. Stempelgesetzgebung, p. 252, 253. La même renonciation est admise aussi pour les peines déjà prononcées : circulaire du min. des fin. pruss. 31 déc. 1862 ; *Hoyer*, loc. cit., p. 354, 355. Comp. aussi *Loebe*, Zollstrafrecht, p. 137 ; v. *Mayr* dans Wörterbuch, II, p. 977. Il est traité spécialement de ce « procédé de forfait » dans *Wagner*, Finanzwissenschaft, II, p. 708 ; mais naturellement, la question la plus intéressante au point de vue juridique, celle de l'admissibilité d'un pareil procédé qui se fait sans loi, en vertu du seul pouvoir des autorités, n'y est pas touchée. — Le droit financier français connaît ici l'institution de la *transaction*, un arrangement sur la peine qui se fait spécialement en matière d'enregistrement. Comp. *Garnier*, Dictionnaire de l'enregistrement, v° amende n. 2137, où il est question de la remise de la peine à condition de payer immédiatement une somme moindre ou de faire une autre prestation (*remise sous condition*) ; v° soumission n. 15431, un accord formel entre le coupable et l'autorité pour fixer le montant de la peine encourue. Il est dit : *du moment que la soumission a été acceptée au nom du Trésor le contrat produit ses effets transactionnels*, — exemple très intéressant d'un contrat de droit public d'après le modèle de la fixation de l'impôt dont nous avons parlé au § 29, III, n. 1 ci-dessus.

(38) Comme *Laband*, St. R. III, p. 487 (éd. fr., IV, p. 389), le remarque très bien, il n'est pas défendu aux princes de déléguer le droit de grâce ; c'est uniquement affaire de sentiment, s'ils croient ne pas devoir s'en dessaisir ; et le peuple partage ce sentiment.

Digitized by Google

En effet, il n'y a pas eu ici délégation de ce droit. Le droit du prince de faire grâce subsiste à côté de cette procédure et peut encore intervenir.

Mais il ne s'agit pas non plus ici d'une compétence des autorités pour contrecarrer dans le cas individuel l'exécution de la loi, comme nous en avons rencontré une dans la remise de l'impôt ; l'autorisation de la loi, qui serait nécessaire, n'existe pas (comp. § 29, III, n. 2 ci-dessus).

Ce procédé ne peut se rattacher qu'au droit de disposer des créances pécuniaires accessoires, droit qui est compris dans la gestion ordinaire des affaires de l'Etat. Les autorités préposées aux différentes branches ont reçu, par cela même, le pouvoir de faire les renonciations convenables que l'utilité et l'équité pourront exiger. La renonciation étant un acte spécialement grave, sera, dans le doute, réservée aux autorités supérieures. Du reste, la nature et l'origine de la créance sont indifférentes. Les créances pécuniaires de l'Etat résultant du droit public n'en sont exclues ordinairement que par ce que les causes qui les font naître obligent en même temps l'administration à une exécution irréfragable. C'est ce qui se présente surtout dans la créance de l'impôt et dans la créance de l'amende ordinaire

Ce qu'il y a de particulier dans les amendes en matière de finance, c'est qu'elles sont considérées comme créances disponibles dans ce sens, quoiqu'elles aient leur fondement dans la loi. Il faut que l'impôt soit exécuté, parce que sans cela la volonté du législateur de charger uniformément les sujets serait éludée ; de même, pour l'amende ordinaire ; il faut qu'elle soit exécutée, parce que d'après la volonté de la loi elle doit être un mal dont le coupable ne pourra être préservé que par la voie de grâce. La loi pénale en matière de finance, au contraire, selon les idées qui lui sont

propres, a fait son œuvre en mettant la créance de l'amende à la disposition de l'administration. La renonciation pourra alors se faire en vertu du droit de gestion (39).

Nous voyons donc que le pouvoir de faire remise de ces créances est réglé simplement par la voie hiérarchique, tout comme pour des créances d'indemnité de droit civil. La renonciation elle-même est un acte administratif, annulant la peine prononcée et la créance d'amende de l'Etat. S''il n'y a pas renonciation complète, l'acte fixe en même temps, d'une manière obligatoire, la somme qui reste encore due. Cette imposition se passant en dehors de la procédure pénale autorisée par la loi a besoin du consentement de l'intéressé, de sa soumission à l'acte ; de là les désignations de soumission, *vergleich*, transaction. De contrat, il n'en peut pas être question.

(39) Il faut dire de la peine encourue en matière de finance ce que *Laband* dans Arch. f. öff. R. VII. p. 183 dit des créances de droit civil du fisc : « Toutes ces créances ont une qualité commune qui résulte de leur caractère de droit privé et est propre à tous les droits privés, à savoir d'être à la disposition des créanciers ». Mais nous remarquerons que l'impôt aussi est à la disposition positive du créancier, c'est-à-dire de l'Etat ; la disponibilité spéciale que Laband a en vue veut dire que le pouvoir de s'en servir est compris dans la mission générale de ces autorités administratives de gérer les affaires, et n'a pas besoin d'une autorisation spéciale de la loi. Que les créances de droit public appartenant à l'Etat ne soient pas disponibles dans ce sens, cela ne dépend pas de leur qualité de droit public. Les prestations spéciales, par exemple, imposées au concessionnaire d'une chose publique, les redevances et droits de reconnaissance, etc., sont disponibles également. Cela tient à ce que l'administration n'est pas liée ici à l'exécution d'une loi ; la disponibilité apparaît alors immédiatement comme pour une créance de droit civil.

Digitized by Google

§ 32

La contrainte en matière de finance.

Nous entendons par contrainte de finance l'atteinte apportée d'autorité à la liberté et à la propriété des sujets pour réaliser un état conforme aux intérêts de la fortune publique.

Cette contrainte se développe ici sous deux formes différentes, selon la direction spéciale qui lui est donnée.

Elle peut être dirigée en vue d'obtenir du sujet que personnellement il fasse, ne fasse pas, souffre, qu'il ait une conduite conforme aux intérêts des finances de l'Etat. De cette manière, elle ressemble à la contrainte de police, dont elle emprunte en partie les formes. L'expresson *police de finance* s'applique spécialement à cette partie de la contrainte de finance.

Elle peut aussi être dirigée en vue de la réalisation d'un paiement en argent dû à l'Etat. Elle aura alors pour modèle l'exécution forcée de la procédure civile pour une dette pécuniaire. Nous appelons cela le *recouvrement par contrainte administrative.*

I. — La contrainte de finance en vue d'obtenir une certaine conduite extérieure est, en comparaison de son correspondant dans le droit de police, d'une importance relativement trop restreinte. C'est que, comme l'ordre et la peine en matière de finance auxquels elle s'attache ordinairement, elle ne sert qu'à donner une aide accessoire à ce qui est ici la chose principale : la conservation et l'augmentation

de la fortune publique. On peut s'en passer, quand ces intérêts peuvent se réaliser directement, ce qui se fait au moyen du recouvrement par contrainte administrative.

Nous distinguons, comme dans la police, l'exécution par contrainte d'ordre de finance et la contrainte directe.

1) L'exécution par contrainte suppose un *ordre individuel* qui doit être exécuté. Des trois moyens d'exécution de la police (comp. § 23 ci-dessus), l'*exécution par substitution* et l'*usage de la force*, dans leur mesure naturelle, c'est-à-dire en tant que ces moyens sont propres à opérer l'exécution forcée, s'attachent à tout ordre, par conséquent aussi à l'ordre de finance (comp. § 23, II, n. 1). La *peine coercitive*, au contraire, a toujours besoin d'un fondement légal (comp § 23, I, n. 1). Il est vrai que les lois donnent, en partie, des autorisations générales pour menacer et prononcer des peines coercitives à propos de tous les ordres émanant des autorités (comp. § 23 note 7 ci-dessus). Cependant ces autorisations, quelque générales qu'elles puissent être, ne s'attachent pas aux ordres de finance. Elles sont toujours données aux seules autorités de police, autorités de l'administration intérieure, autorités de l'administration générale du pays, qui, de leur côté, n'ont aucune part à l'administration financière ; celle-ci a une organisation particulière. Pour les autorités financières, au contraire, des autorisations générales de cette espèce n'existent pas. Il ne pourra donc s'agir ici que des prescriptions législatives spéciales qui admettent, pour certaines espèces d'ordres de finance, l'application de peines coercitives comme moyen de contrainte (1).

(1) Même quand un rapport de sujétion particulière existe, il en résulte seulement le droit d'ordonner et d'exécuter cet ordre par les moyens qui s'entendent d'eux-mêmes, mais non le droit de prononcer la peine

Digitized by Google

Or, des ordres de finance susceptibles d'être exécutés, — par suite, des ordres individuels —, ne se trouvent que dans des rapports de sujétion particulière. Et là l'autorité a déjà assez de moyens à sa disposition pour pouvoir se passer d'une exécution par contrainte.

Ces rapports de sujétion particulière dépendent généralement de certaines facilités accordées aux débiteurs de l'impôt. Il dépend de la libre appréciation de l'autorité de retirer ces facilités comme de les accorder. L'inobservation des ordres qu'elle donne peut donc, à tout moment, lui servir de prétexte et cela implique assez de contrainte (2).

Il en est autrement quand le pouvoir de surveillance est non pas la suite d'une faveur accordée, mais une charge imposée par la loi, charge dont le débiteur ne saurait être libéré.

Quand des ordres individuels deviennent nécessaires, il faut qu'ils soient munis de moyens d'exécution par contrainte. Ce sont les seuls cas pour lesquels la

coercitive qui implique quelque chose d'extraordinaire. C'est ainsi que s'explique la peine conventionnelle dans le cas d'admission temporaire de fers bruts (comp. § 31, note 4 ci-dessus). Il s'agit là d'un pouvoir de surveillance réservé et qui autorise toutes sortes d'injonctions, dispositions générales aussi bien qu'ordres individuels. Les premières ont leur sanction pénale dans la loi sur les douanes, § 152 ; les dernières n'y participent pas et ne peuvent pas être pourvues d'une pareille sanction en vertu du rapport de sujétion particulière ; il faut donc une soumission spéciale. *Loebe*, Zollstrafrecht, p. 136.

(2) L'exécution par substitution, n'ayant pas besoin d'un fondement légal particulier, resterait possible d'elle-même. Mais les autorités sont censées ne pas être appelées à s'en servir pour ramener à l'ordre l'individu récalcitrant qui est en faute, au lieu d'en finir purement et simplement. — Il n'y a pas d'exception dans le § 16 du régulatif des entrepôts (Centr. Bl. 1888, p. 554) qui dit : « Les déposants sont tenus de suivre les instructions qui leur seront données par le directeur de l'entrepôt pour éviter ou réparer les dommages causés aux marchandises déposées ». Après une sommation restée sans effet, « le nécessaire pourra être effectué d'office à leurs frais ». Il y a là ordre individuel et exécution par substitution. Mais ce n'est pas le pouvoir de finance qui se manifeste ici : il ne s'agit pas de protéger et de garantir les revenus de l'Etat. C'est le pouvoir propre à la direction d'un établissement public ; nous en traiterons au § 52 ci-dessous.

loi prévoit ces moyens et permet aussi les peines coercitives (3).

2) La contrainte directe, qui ne sert pas à la réalisation d'un ordre, trouve ici aussi son seul moyen de contrainte dans l'usage de la force contre la personne et les choses.

Mais ces cas remarquables où, dans la sphère de la police, la contrainte directe peut avoir lieu en vertu de principes généraux préexistants, n'ont pas de correspondant dans la contrainte financière. La défense propre de l'administration a toujours la nature de la police (comp. § 24, I, n. 1 ci-dessus) ; une contrainte pour haute nécessité n'existe pas ici (comp. § 24, III, ci-dessus.

C'est seulement à l'encontre de faits punissables que l'usage de la force est admis d'une manière générale ; mais c'est essentiellement autre chose que ce que la contrainte de police nous offrait à cet égard (comp. § 24, II, ci-dessus). Le pouvoir financier, il est vrai, fait la guerre au délit de finance, guerre qui comporte aussi l'usage de la force. Pour certaines espèces d'impôt, il s'est créé un personnel spécial d'auxiliaires, des agents douaniers, surveillants d'impôts, etc. L'usage de la force, auquel ils pourront être appelés, est en partie soumis aux règles que nous avons développées au § 25, I, ci-dessus pour les officiers d'exécution de la police. Il leur est spécialement accordé le droit de se servir d'armes (comp. § 21, II, n. 3 ci-dessus). Mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est que toutes ces forces ne sont pas employées pour *empêcher de commettre le délit de*

(3) Comp. § 30, note 2 ci-dessus. Des exemples dans la loi d'imp. sur l'alcool de 1887, § 21, loi d'imp. sur le sucre de 1887, § 55. La loi d'imp. sur le sel de 1867, § 7, al. 2, permet même, dans le cas de désobéissance, de fermer l'établissement, — le moyen d'exécution propre aux rapports volontaires de sujétion particulière est ainsi rendu applicable ici.

Digitized by Google

finance. Cela répondrait à la mission que la contrainte directe remplit, dans la sphère de la police, à l'encontre des délits de droit commun et des délits de police. L'usage de la force à l'encontre du délit de finance a exclusivement pour objet *d'assurer la punition et les condamnations accessoires*, ce qui profite par là-même au recouvrement de l'impôt qui pourra être dû.

Il est facile de s'en convaincre.

La fraude du droit de timbre sur les effets de commerce, par exemple, s'effectue par la remise et l'acceptation du papier non timbré. Cela peut se passer devant les yeux de l'autorité surveillant l'impôt, de l'officier d'exécution, de tout représentant de la puissance publique, même après un premier avertissement : la moindre contravention de police dans un cas pareil serait empêchée par la force, c'est là un devoir ; le délit de finance, entraînant peut-être une peine beaucoup plus importante, on le laissera se consommer sans faire de difficultés. Le fonctionnaire n'a pas même le droit de procéder contre la consommation. Ce n'est que lorsque le délit est achevé et pleinement achevé que commence la constatation des noms, la saisie, la perquisition, la visite domiciliaire, etc.

Cela se présente encore plus clairement dans la fraude des droits de douane. Les agents sont postés à la frontière avec leurs armes. Il suffirait qu'ils apparaissent pour qu'on renonce à tout projet de contrebande. C'est ainsi que la police procéderait. Les agents de finance, au contraire, laisseront le délit se développer et se consommer ; ils se cachent même pour lui laisser la place libre, et n'ont qu'une préoccupation, celle d'arriver à temps pour porter le délit, constaté et bien établi, devant la justice.

Donc, même dans le procédé suivi contre les délits,

Digitized by Google

la particularité sus-mentionnée du pouvoir financier peut s'analyser ainsi : l'obligation pour les sujets, dans la conduite personnelle qui leur est imposée, n'est pas telle qu'elle doive être réalisée nécessairement ; le but est différent et plus important, et le châtiment infligé à raison du devoir violé sert encore mieux à atteindre ce but.

Pour le système de la contrainte de finance, cela veut dire que nous n'avons pas non plus ici de correspondant au droit général du pouvoir de police de procéder par contrainte directe pour empêcher des faits punissables. En effet, ce qui se fait ici n'est autre chose par sa nature que de la police judiciaire, dans le sens que nous avons fixé au § 18, III, n. 1 ci-dessus ; la doctrine du droit administratif n'a plus rien à y voir.

Il y a, en outre, dans la sphère de la police, la contrainte directe en dehors de ces grandes compétences préexistantes et en vertu d'*autorisations spéciales* que la loi accorde dans ce cas (comp. § 24 ci-dessus). Nous rencontrons des règles analogues dans la contrainte de finance. Pour garantir les intérêts financiers, différents pouvoirs sont donnés afin d'agir sur les personnes et sur les choses des sujets, ce qui, au cas de résistance, se réalisera par la force. Le titre spécial repose dans la loi ou dans les prescriptions des régulatifs.

Les mesures de force de cette espèce pourront servir à révéler en même temps la dette d'impôt née et le délit de finance commis ; elles pourront donc être communes avec la police judiciaire qui s'y rattache : par exemple, la perquisition pour rechercher des marchandises importées en fraude des droits, la visite domiciliaire faite dans le même but (4).

(4) Le point de départ est encore dans les prescriptions de la loi sur

Digitized by Google

Même sans qu'il y ait soupçon de délit, des marchandises et voitures pourront être arrêtées jusqu'à ce que la dette d'impôt soit réglée ou que les explications soient données. On met des plombs officiels aux véhicules et aux magasins, des appareils de contrôle aux vases par lesquels le produit imposé doit passer. On pénètre dans les ateliers, on prend connaissance des registres de contrôle qui doivent être tenus, tout cela de force, s'il en est besoin.

II. — *Le recouvrement par contrainte administrative* est une atteinte portée d'autorité à la liberté et à la propriété du sujet, dans le but d'obtenir le paiement effectif d'une dette pécuniaire (5).

les douanes §§ 126 et 127. L'autorisation de ces mesures de force peut aussi être donnée par des prescriptions administratives ; le régulatif des entrepôts § 1, al. 2 (Centr. Bl. 1888, p. 155) en fournit un exemple : « Quiconque veut entrer dans l'entrepôt ou en sortir doit se présenter au fonctionnaire de la douane surveillant. Les personnes qui sortent de l'entrepôt pourront aussi, conformément aux prescriptions du § 127 de la loi de l'union douanière, être soumises à une perquisition corporelle ». Le § 127 ne s'applique pas directement, il n'est rendu applicable que par le régulatif. C'est donc le régulatif qui autorise la mesure de force, sans fondement légal, de sa propre vertu, en se basant sur le rapport de sujétion particulière qui comprend toute personne se trouvant dans les locaux réservés. Comp. § 30, note 13 ci-dessus.

(5) Le caractère juridique du recouvrement administratif s'efface, quand on le fait rentrer dans la notion générale de « l'exécution administrative ». Ce sont alors les idées de l'exécution de police qui dominent. Ainsi *Gneist* dans Holtzendorf Rechtslexicon, III, » p. 1106 ss. Cette dépendance est encore plus éclatante chez *Bornhak*, Preuss. St. R., III, p. 519. Il dit : « Le recouvrement des impôts par contrainte s'effectue sur l'ordre de l'autorité compétente dans la procédure de la contrainte administrative. Comp. là-dessus le § 167 ». Mais ce § 167 est intitulé : « les formes d'administration de la police » et nous y trouvons p. 140 un résumé assez complet des moyens de la contrainte de police que nous connaissons. De recouvrement d'argent il n'en est question qu'incidemment dans le traité de la justice administrative (II, p. 453). *Seydel*, Bayr. St. R., III, distingue (p. 613 ss.) « le droit de contrainte de l'Etat dirigé contre la personne » et (p. 617 ss.) « le droit de contrainte de l'Etat dirigé contre la fortune ». Le dernier est représenté par l'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'il ne savait placer autrement (comp. t. I, § 2, note 8 ci-dessus). Le premier doit comprendre aussi le recouvrement par contrainte : « La contrainte est dirigée contre la personne ou contre la fortune. Cependant dans ce dernier cas aussi la personne est l'objet de l'attaque. Le but de la contrainte n'est pas de maîtriser la chose, mais la personne ». Mais

Digitized by Google

De l'exécution de la procédure civile pour des créances pécuniaires, dont elle emprunte souvent les formes, elle diffère par sa nature de manifestation du pouvoir financier. L'Etat contraint au paiement non pas pour maintenir l'ordre juridique, mais « pour réaliser ses buts dans l'ordre juridique » ; il administre en contraignant (comp. t. I, § 1, II, n. 3 ci-dessus).

C'est considérer le recouvrement par contrainte administrative d'une manière tout extérieure et insuffisante, que de se la représenter tout simplement comme une exécution forcée, telle que l'exécution de la procédure civile, avec cette seule particularité qu'elle appartient à d'autres compétences, qu'elle est transférée dans la voie administrative. C'est une institution du droit administratif, établie sur des fondements qui lui sont propres.

1) Le recouvrement par contrainte administrative a lieu de plein droit toutes les fois que le *pouvoir financier* se trouve créancier d'une somme d'argent vis-à-vis du sujet.

On suppose donc qu'une obligation du sujet de payer à l'Etat a été créée d'une manière telle que l'on n'est pas sur le terrain du droit civil. Il faut qu'il s'agisse de *créances pécuniaires de droit public.*

La règle de droit public ou l'acte administratif, ayant déterminé le rapport juridique entre l'Etat et le sujet, lie le pouvoir exécutif en vue de procéder à l'exécution ; et l'exécution, c'est le recouvrement par contrainte administrative. Le pouvoir exécutif, l'Etat, est lui-même le créancier ; mais à ce créancier, sa créance même est un titre exécutoire suffisant. Il en est ici comme pour l'ordre de police, qui porte également en

dans le recouvrement d'une somme d'argent, cela ne sera guère l'opinion du créancier. On ne trouve la véritable distinction qu'en considérant le résultat vers lequel tend la contrainte : conduite personnelle ou prestation d'argent. Dans ce sens, *G. Meyer*, V. R., I, p. 66 ; *Loening*, V. R. p. 249 ss.

lui l'exécution par la contrainte correspondante ; quant à savoir ce qui devra être considéré comme moyen de contrainte correspondant, ce sera la seconde question à résoudre ici, comme pour la police (comp. n. 3 ci-dessous). Donc si des lois spéciales ont été émises pour cette procédure, ce n'est pas afin de la rendre possible, mais pour lui donner des règles constantes, peut-être aussi pour la pourvoir de moyens de contrainte qui ne s'entendraient pas d'eux-mêmes (6).

Ce qui est vrai de l'Etat s'applique également aux autres personnes morales du droit public, à l'administration elle-même, qui, vis-à-vis des sujets, sont mis à la place de l'Etat. En fait, il ne sera pas échafaudé pour ces personnes un appareil particulier de contrainte ; elles doivent se servir des moyens que l'Etat s'est préparés, pour recouvrer aussi leurs créances pécuniaires de droit public ; les lois règlent la chose en ce sens, le plus souvent d'une manière expresse.

Faire valoir et recouvrer par la contrainte des créances pécuniaires de droit civil, même de l'Etat et des

(6) Donc même dans l'état constitutionnel, déjà avant la nouvelle organisation qui se faisait partout en 1879, les autorités financières exerçaient, sans fondement légal et sans contestation, un droit d'exécution étendu. L'article publié dans Bl. f adm., Pr. XXVIII, p. 253 ss. en fait la preuve par une série d'exemples. — On arrive donc à reconnaître le recouvrement par contrainte administrative comme une portion d'un droit d'exécution naturel qui appartiendrait aux autorités administratives d'une manière générale. *Oppenhoff*, Ressortverhältnisse. p. 130, note 353 ; *Gneist* dans Holtzendorff Rechtslexicon, III, 2, p. 1006 ss. ; *G Meyer*, V. R. I, p. 66 : « l'exécution administrative a été réglée par des lois spéciales. Mais les pouvoirs d'exécution des autorités administratives ne doivent pas à ces lois leur origine ; ils n'ont reçu par elles qu'une détermination et une délimitation plus précise ». — Qu'il ne s'agisse ici que de créances de droit public, cela a été déclaré dans un certain nombre de lois d'une manière expresse : Württemb. loi sur l'exécution forcée de créances de droit public, 18 août 1879 ; Bade, loi sur l'exécution forcée des créances d'acquit dépendant du droit public, 20 février 1879 ; Saxe, loi sur l'exécution forcée pour prestation en argent en matière administrative, 7 mars 1879. — Pruss. ordonnance du 7 sept. 1879 et Bav. Ausf. G. zu C. Pr. O. art. 4 ss. supposent l'étendue dans laquelle cette procédure de recouvrement est possible comme constante.

Digitized by Google

corps d'administration propre, cela ressortit à la voie ordinaire de la procédure civile et de l'exécution forcée. En vertu de prescriptions expresses de la loi, le recouvrement par contrainte administrative est étendu aussi à des matières analogues : des créances civiles de l'Etat, des corps d'administration propre, peut-être même des sujets entre eux, peuvent être poursuivies dans ces formes. Cela repose toujours sur l'idée qu'il y a un intérêt public à recouvrer ces créances d'une manière rapide et décisive ; on laisse alors la puissance publique s'en charger directement.

Ces extensions doivent être considérées comme des mesures extraordinaires, et interprétées dans un sens restrictif (7).

2) Pour qu'il y ait recouvrement par contrainte administrative, il faut que la créance à recouvrer soit déterminée juridiquement d'une manière complète : la personne du débiteur comme celle du créancier et le montant de la somme à réclamer doivent être connus. Cela peut résulter d'un jugement ou acte administratif imposant ce paiement pour le cas individuel : condamnation à des amendes, fixation des frais d'une exécution par substitution. Mais la créance déterminée peut aussi résulter de la simple application d'une règle de droit au cas individuel : telles sont la dette d'impôt, la dette de rétribution. Il est conforme aux principes de l'Etat régi par le droit, que la dette soit, si possible, constatée spécialement pour le cas individuel et déterminée d'une manière obligatoire par jugement ou par acte administratif. Mais il n'y a pas là une condition indispensable pour que le recouvrement par contrainte administrative soit admissible. Il se fait aussi pour des créances de droit public, immédiatement en vertu de la loi.

(7) Des exemples dans l'ordonnance pruss. 26 déc. 1808 § 42 ; *Oppenhoff*, Ressortverhältnisse, p. 130 ss.

Digitized by Google

La règle de procédure civile exigeant un titre exécutoire « par lequel » l'exécution a lieu, ne trouve pas son application ici. Le titre exécutoire, dans la procédure civile, ne signifie autre chose que la puissance publique mise à la disposition du sujet, et par laquelle celui-ci pourra mettre en mouvement la procédure d'exécution. Dans le recouvrement par contrainte administrative, la puissance publique, en vertu de sa créance née par l'effet de la loi ou par acte administratif spécial, se met en mouvement elle-même pour procéder à la contrainte. Cela se présente sous la forme d'une commission de l'autorité dirigeante adressée à l'officier d'exécution dont l'activité dépend juridiquement de cette commission. Il sera convenable de marquer également ici la transition dans l'exécution par des signes extérieurs. On établira un état en due forme de la créance à exiger ; on prendra note dans les actes que l'exécution doit commencer; peut-être la commission d'exécution a-t-elle encore besoin de l'approbation d'une autorité supérieure ou de contrôle ; le fonctionnaire commis sera muni d'une sorte de légitimation. L'essentiel sera toujours dans cette commission ; donc si nous voulons faire une comparaison, nous pouvons parler du mandat donné en procédure civile par le client à l'huissier (8).

(8) La commission atteste alors également l'existence de l'acte administratif qui pourra être exigé, de sorte qu'en définitive toute la procédure du recouvrement administratif repose sur cette commission. Ainsi d'après la loi bad. du 3 nov. 1879, § 1, il suffit de la « déclaration » de la part des caisses d'impôt de district, caisse douanière de district et caisses de bailliage, « que pour un certain montant de créance contre une personne déterminée l'exécution forcée devra avoir lieu ». Bav. Ausf. Ges. Z. C. Pr. O., 25 février 1879, art. 6, exige partout la clause formelle d'exécution que l'autorité ajoutera à l'état de la créance à poursuivre. Saxe, loi du 7 mars 1879, §§ 2 et 3. n'exige qu'une « commission à donner à l'huissier » et l'exécution forcée a lieu en vertu d'une expédition officielle de cette disposition. La loi postale du 24 oct. 1871 § 25 dit : « Les établissements postaux sont autorisés à faire exiger exécutoirement d'après les prescriptions existantes pour le recouvrement de droits publics les sommes restées impayées en prix de

Digitized by

3) Comme *moyens de contrainte* naturels nous avons constaté, pour l'ordre, l'exécution par substitution et le simple usage de la force (comp. § 23 ci-dessus). A cela correspond, pour le recouvrement d'un paiement d'argent, l'enlèvement d'autorité d'une valeur équivalente des biens du débiteur, en argent ou valeur d'argent, donc la *saisie* sous toutes ses formes. La saisie est la simple réalisation de la créance ; elle n'y ajoute rien ; elle ne fait qu'exécuter. Donc, dès qu'il s'agit de faire valoir une créance de droit public, la saisie du débiteur appartient d'elle-même à l'administration ; il n'est pas besoin d'un fondement légal particulier. Ne s'entendent pas d'eux-mêmes les moyens de contrainte qui n'arrivent au but que par des détours, en frappant le débiteur d'une autre façon, pour exercer une pression. Ainsi la peine coercitive n'est admise comme moyen de contrainte qu'autant qu'il y a un fondement légal. Une contrainte indirecte semblable était surtout employée dans le droit ancien pour le recouvrement administratif. Le militaire prêtait son concours pour le recouvrement des impôts. Différentes autres formes de la « garnison » se sont encore conservées plus longtemps, comme l'institution des « Presser » du droit du Württemberg, des *garnisaires* du droit français. Pour cela, il y aurait toujours besoin aujourd'hui d'un fondement légal particulier.

La législation moderne a réglé partout expressément la nature et la forme des moyens de contrainte

voyage, ports et rétributions ». *Damboch*, Ges. über das Postwesen, p 126, observe ici : « le § 25 apporte une exception à la règle de droit générale, que des créances ne peuvent être exigées par la voie d'exécution forcée que lorsqu'elles ont été fixées par un arrêt du juge ou par un autre titre exécutoire ». Mais cela n'est une exception que dans le cas où l'on se place ici avec *Damboch*, au point de vue des règles de l'exécution de la procédure civile, qui, il est vrai, exige un titre exécutoire. Nous n'admettons pas ce point de départ.

à employer, en suivant le modèle du code de procédure civile. Il ne faut cependant pas oublier que le fondement juridique réside dans le droit naturel et est capable de combler au besoin des lacunes.

4) La *procédure* du recouvrement par contrainte administrative, tout en étant organisée sur le modèle de celle de la procédure civile, a un caractère spécial à raison de la position particulière des intéressés.

La procédure civile met à la disposition de la partie poursuivante l'huissier et le tribunal d'exécution ; la partie pourra alors vider devant ce tribunal les différends qui pourront se produire avec la partie poursuivie.

Le recouvrement administratif met à la place de l'huissier des auxiliaires subalternes des autorités administratives ; ces fonctionnaires ne sont peut-être employés à ce but qu'à l'occasion et accessoirement ; mais il s'est formé aussi pour les branches plus importantes des finances un personnel spécial d'officiers d'exécution de finance. Dans tous les cas, ces fonctionnaires ne reçoivent pas leur mandat comme l'huissier par une réquisition de la partie, réquisition à laquelle ils seraient obligés de donner suite selon le devoir qui incombe à leur fonction et après un examen de la légalité de l'acte fonctionnel requis. Leur mandat est toujours pour eux un ordre du supérieur dont l'examen ne leur est permis que dans la mesure restreinte que le droit des fonctionnaires accorde en pareil cas (9).

(9) Circulaire du ministre des fin. pruss. 28 mai 1880 sur l'organisation de l'exécution forcée ; Bav. Ausf. Ges. Z. C. Pr. O. 23 février 1879, art. 7 ; Württemb., loi du 16 août 1879 art. 12 ; Saxe, loi du 7 mars 1879 § 1 ; Bade, ord. 3 nov. 1879, § 7. — *Oppenhoff*, Ressortverhältnisse, p. 268, note 229, formule l'opposition comme suit : « Tandis que, d'après les principes du droit prussien, le pouvoir d'exécuter de force est considéré comme conséquence naturelle, et même comme partie intégrante du droit de décider et de disposer qui appartient à l'autorité tandis que l'autorité elle-même comme partie exécutante, les fonctionnai-

A la place du tribunal d'exécution apparaît l'autorité administrative qui dirige la contrainte. Etant le commettant de l'officier d'exécution et partie poursuivante, elle édicte en même temps les dispositions appartenant dans la procédure civile au tribunal d'exécution pour ordonner certaines mesures d'exécution et pour décider sur les oppositions de la partie poursuivie. Celui contre lequel la contrainte est dirigée se trouve ici constamment vis-à-vis de la puissance publique seule apparaissant dans des compétences diverses (10).

Pour donner plus de garantie, on prescrira, pour des incidents pareils, la forme de la justice administrative et la voie devant les tribunaux administratifs indépendants. La nature du rapport n'en sera pas changée.

5) Au lieu de ces traits caractéristiques de la procédure, des institutions divergentes peuvent être créées pour rapprocher la position de l'autorité administrative dirigeante de celle d'une *partie privée pour-*

res subalternes qui y concourent agissent sans aucune initiative propre, étant pour ainsi dire de simples instruments dont l'activité s'identifie avec celle de l'autorité ordonnante ; le droit français au contraire exige toujours un titre exécutoire qui se fait connaître comme tel déjà par sa forme et met l'exécution entre les mains de fonctionnaires spéciaux indépendants jusqu'à un certain point et agissant sous leur propre responsabilité, les huissiers ». Cette dernière organisation est maintenant aussi la forme de l'exécution forcée de la procédure civile d'après le droit allemand. La première fut la forme du recouvrement par contrainte administrative du droit français, au moins en tant que des officiers d'exécution spéciaux, *porteurs de contrainte*, trouvaient leur emploi. Le contraste, qu'Oppenhoff dessine si bien, est aujourd'hui, à vrai dire, non pas celui du droit prussien et français, mais celui du droit administratif et du droit civil. — Sur l'opposition des principes de l'exécution forcée comp les motifs de la loi wurttemb. du 18 août 1879 dans *Schmidlin*, Justizgesetze des deutschen Reiches, II, p. 354.

(10) Saxe, loi du 7 mars 1879, § 6 : « Les résolutions réservées au tribunal d'exécution dans le § 676, al. 3, 681, 698, 723, 724, 726 de la C. Pr. O. s'appliquent à cette dernière, quand l'exécution forcée a lieu par l'officier d'exécution d'une autorité administrative ». Wurttemb., loi du 18 août 1879 art. 6, art. 13 ; Pruss. ord. 7 sept. 1879, §§ 3, 4, 7, 38 ss. ; Bade, ord. 3 nov. 1879, § 2.

suivante, d'après le modèle de la procédure civile ; cet effet s'attache de lui-même à la délégation de certaines portions du recouvrement par contrainte administrative aux autorités et fonctionnaires de l'exécution forcée de la procédure civile.

La loi peut réserver aussi, pour le recouvrement administratif, certaines mesures d'exécution au tribunal d'exécution compétent d'après le code de procédure civile. Cela a été plusieurs fois prescrit pour ordonner la saisie et l'adjudication de créances ; notamment aussi pour la saisie immobilière (11). Le tribunal décide alors dans les formes et avec les effets déterminés par le code de procédure civile ; l'autorité administrative se présente devant lui comme un plaignant ordinaire, quoique le côté extérieur de la correspondance entre autorités soit observé. Mais les bases de la décision sont celles du recouvrement administratif : un acte administratif à exécuter ou une obligation de droit public de payer résultant directement de la loi. Dans ce dernier cas, il suffit qu'un état de la créance ait été établi, comme le ferait l'autorité pour ses propres officiers d'exécution pour les charger de la contrainte ; cela remplace le titre exécutoire. Par sa requête, elle certifie en même temps l'existence des conditions matérielles de l'exécution ; et cela étant fait dans sa compétence générale, le tribunal n'aura pas à en examiner les fondements.

D'un autre côté, des actes d'exécution pourront être effectués par le personnel d'exécution de la procédure civile, par les *huissiers*. Il ne va pas de soi

(11) Saxe, loi du 7 mars 1879, § 9 ; Bade, ord. 3 nov. 1879 §§ 31, 33. Pruss. l'ord. 7 sept. 1879 donne au tribunal civil la saisie des créances de l'autorité administrative qui fait exécuter (§ 42), la saisie immobilière (§ 5). De même Württemb., loi du 18 août 1879, art. 3 et 10. Bav. Ausf. Ges., 23 février 1879, art. 7, renvoie au tribunal civil pour toutes les décisions concernant l'exécution.

que les huissiers puissent être employés au recouvrement administratif ; car ces fonctionnaires ont leur sphère d'action délimitée par la loi, qui originairement ne concerne pas ces matières ; il faut donc qu'une loi les mette à la disposition de l'autorité administrative pour cette besogne. La loi permet à l'autorité administrative de se servir d'un huissier ou bien lui laisse le choix de faire procéder à l'exécution par ses propres agents ou par un huissier (12). En l'absence d'une autorisation pareille, l'huissier serait incompétent pour procéder au recouvrement administratif et son acte serait nul.

La réquisition de l'huissier, autorisée par la loi, amène encore l'autorité administrative dans la position d'une partie ordinaire. Les conditions matérielles de l'exécution forcée seront données à l'huissier de la même manière obligatoire qu'au tribunal d'exécution dans le cas que nous venons de mentionner. Mais pour tout ce qui concerne l'exécution de son mandat, l'huissier reste sous l'autorité exclusive de la justice ordinaire. Le mandat de l'autorité administrative n'est pas un ordre du supérieur ; il y ressemble aussi peu que la requête adressée au tribunal d'exécution ressemble à une commission rogatoire. C'est un simple mandat de partie qu'il aura à examiner et à exécuter selon son devoir (13).

Le tout reste, quand même, un recouvrement admi-

(12) Bav. Ausf. Ges , 23 février 1879, art. 7 : « Tant par les organes exécutifs qui sont à sa disposition que par huissiers ». De même Saxe, loi du 7 mars 1879, § 1. Bade, ord. 3 nov. 1879, § 7 : régulièrement des surveillants de l'impôt ou des douanes, par exception des huissiers. Pruss. Ord., 7 sept. 1879, § 5, al. 4 : « La réalisation d'une exécution forcée pourra être confiée à un huissier. Ce dernier aura à procéder d'après les prescriptions existantes pour des exécutions forcées judiciaires ».

(13) Sur les inconvénients qui, à cause de cela, pourraient résulter de l'emploi d'huissiers pour le recouvrement par contrainte administrative, voir les très intéressants motifs de la loi württemb. du 18 août 1879 dans *Schmidlin*, Justizgesetze des deutschen Reiches, II, p. 354 ss.

nistratif; mais l'acte spécial qui exige le concours du tribunal civil ou de l'huissier est fondé sur le pouvoir financier qui procède par contrainte; c'est seulement au point de vue de la forme qu'il est placé dans la sphère de la justice indépendante.

La différence entre cette hypothèse et le cas où le fisc veut faire exécuter un jugement obtenu dans une affaire contentieuse de droit civil se fait sentir encore assez distinctement.

TABLE DES MATIÈRES DU TOME II

PARTIE SPÉCIALE

LIVRE PREMIER

SECTION I

Le pouvoir de police

	Pages
§ 18. La notion de police	1
§ 19. Les limites du pouvoir de police	17
§ 20. L'ordre de police	35
§ 21. La permission de police	57
§ 22. La peine de police	82
§ 23. La contrainte de police. L'exécution par contrainte	109
§ 24. La contrainte directe	136
§ 25. De la contrainte par l'emploi de la force	152

SECTION II

Le pouvoir financier

§ 26. La loi du budget et le pouvoir financier	177
§ 27. L'impôt ; modalités de l'imposition	189
§ 28. Facilités accordées aux débiteurs de l'impôt	215
§ 29. Modifications et extinction de la dette d'impôt	232
§ 30. L'ordre de finance	250
§ 31. La pénalité en matière de finance	271
§ 32. La contrainte en matière de finance	300

LAVAL. — IMPRIMERIE L. BARNÉOUD & Cie.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HOLZER
DER
MASS.

Digitized by Google